IESVS,
MARIA, IOSEPH.

POR

DOÑA FRANCISCA FERnandez de Heredia, Condesa de Belchite.

CON

DON LVIS FERRER DE Prògita, Conde de Almenara, donatario, y heredero por mitad de Don Ioseph de Prògita, Marques de Navarrès, y Conde de Almenara.

SOBRE

La tenuta, y subsidiariamente tenèo del Estado de Almenara, y otros que posseìa el Conde Don Ioseph de Prògita, por la dote, e interesses de Doña Leonor Ferrer su bisabuela, muger que fue del dicho Don Ioseph de Prògita, Marques de Navarrès, y Conde de Almenara.

1 PRetende la Condesa de Belchite, que el Consejo se ha de servir de declarar pertenecerle la tenuta del Estado de Almenara, y otros, con facultad de hazer los frutos suyos, hasta que con todo efecto le estèn satisfechas, y pagadas las

30ꝥ.libras de dote, que llevò su bisabuela Doña Leonor Ferrer, cuya heredera es, al matrimonio que contraxo con Don Ioseph de Prògita, Marques de Navarrès, y Conde de Almenara. Y quando no tenga lugar, que si tiene, en su subsidio, & non aliàs, declarar le toca, y pertenece el tenèo de dichos Estados por la dicha dote, è interesses de ella, por la retardacion de su paga; saltim desde el dia que fue pedida.

2 Para la facil inteligencia de este pleyto se supone en el hecho, que en 23. de Mayo del año passado de 605. Doña Leonor Ferrer (al matrimonio, que contraxo con Don Ioseph de Prògita, Marques de Navarrès, por escritura de capitulos matrimoniales, que passò ante Ioachin Marti, Notario de Valencia, que està en el pleyto à fol. 9. vsque ad 13.) traxo en dote 30ꝥ. libras, en esta forma, 13ꝥ500. libras en censos: 4ꝥ. en vn derecho contra Don Gaspar de Mompalau, Conde de Gestalgar, y Doña Maria Ferrer Lloris de Mompalau, coniuges, por el precio del lugar de Sans: 4ꝥ. en el derecho contra los bienes, y herencia de Don Henrique Alpont su primer marido, por razon de su dote: 1ꝥ500. en el precio de vna casa, y huerta en el lugar de Albal, y dos pedazos de tierra, viña, y vna cahiçada de tierra en termino de dicho lugar: 1ꝥ500. en el precio de dos huertas, y vna almàsera de hazer azeyte, situado todo en el Condado de Cocentaina; y las restantes 5ꝥ50. libras à cumplimiento de las dichas 30ꝥ. en bienes muebles, ropas, joyas de oro, y plata, y moneda efectiva, como consta del primer capitulo de los matrimoniales.

3 Consta de la real, y efectiva entrega de esta dote por las cartas de pago, que estàn presentadas en el pleyto, en la forma siguiente. Primeramente, por escritura que passò ante Pablo Pereda en 11. de Noviembre de 1605. que està en el processo desde fol. 14. hasta

54.

54. consta, que la dicha Doña Leonor transportò al dicho Marques Don Ioseph en censos, y bienenes sitios. 16ʉ350.libr.

4 Item, por otra escritura otorgada en 12. de Diziembre de dicho año, que passò ante Paulo Pereda, que està en el processo desde fol. 55. hasta 69. para el dicho efecto, y cumplimiẽto delas treinta mil libras, transportò en bienes muebles, ropas, joyas de oro, y plata, y dinero de contado. 5ʉ242.libr.

5 Item, por cinco cartas de pago, otorgadas por dicho Don Ioseph de Prògita, que estàn desde fol. 68. B. hasta fol. 71. B. de las quales se haze mencion en dicha escritura de pago inmediata. 3ʉ377.libr.

6 Item, las quatro mil libras del derecho contra el dicho Don Gaspar de Mõpalau, Conde de Gestalgar. 4ʉ000.libr.

7 Y mas las otras quatro mil libras del derecho contra los bienes, y herencia de Don Henrique Alpont. 4ʉ000.libr.

Que todas juntas suman, salvo error de quenta. 32ʉ969.libr.

Que aun exceden la dicha cantidad.

8 Suponese tambien, que en el capitulo tercero de dichas capitulaciones, que està en el processo, folio 117. B. y es corriente entre las partes, el dicho D. Ioseph de Prògita se obligò, para la seguridad de dicha dote, à dar la possession del Condado de Almenara, y Baronia de la Llosa a la dicha Doña Leonor Ferrer, como efectivamente tomò dicha possession per mediam personã del mismo D. Luis de Prògita, Cõde de Almenara, q̃ oy es, con quiẽ se litiga, cõ poder q̃ para ello tuvo dela di-

cha

cha Doña Leonor Ferrer; como consta por instrumentos de possession, y omenages, que prestaron los vassallos, recibidos por el mismo Pereda en 18. del mes de Noviembre de dicho año de 605. q̃ estàn en el processo fol. 115. hasta fol. 136.

9 Suponese tambien, que el mismo D. Ioseph de Prògita, por escritura otorgada ante Gaspar Dagui, Notario, en 4. de Abril de 1633. hizo donaciõ a dicho Don Luis de Prògita del dicho Condado de Almenara, y Baronia de la Llosa para despues de sus dias, y los de Doña Leonor Ferrer, ofreciendole dar la possession sin perjuizio de la que tenia tomada la dicha D. Leonor por seguridad de su dote, como realmẽte se la diò. Y aunque la escritura de donacion no està presentada en este pleyto, van corrientes en ello las partes: y consta por enunciativa, que de ella se haze en los autos de la possession que tomò el dicho Don Luis, que passaron en 10. de Abril de 1633. ante Gaspar Dagui Notario, q̃ estàn en el pleyto desde fol. 136. hasta 149. y por auto de asignacion de dicha donacion, que està à fol. 59. B.

10 Y en virtud de esta donacion, sin ningun otro titulo, ni razon, pretende posseer el dicho Conde Don Luis el Condado de Almenara, y Baronia de la Llosa, como consta por el pleyto de firma de derecho, que siguiò el dicho Conde contra esta parte, y el Conde de Elda, que contradixeron dicha possession, y està a fol. 157. B. Y que sea este solo el titulo de que se vale el dicho Conde para posseer dicho Condado, y Baronia, cõsta tambien por peticion de 5. de Iunio de 636. que està à fol. 166. y por peticion de 2. de Março de 641. que està fol. 196. y por peticion de 23. de Iulio de 647. que està a fol. 379. B. y por todo el discurso del pleyto.

11 Muriò el Conde Don Ioseph el año de 636 y dexò por sus herederos, pro dimidia parte a su muger la dicha Doña Leonor Ferrer, y al Conde Don Luis, cuya

cuya herencia aceptò la dicha Doña Leonor, con beneficio de inuentario; en que van corrientes las partes, y consta del mismo inuentario, que està en el pleito executiuo, desde fol. 25. B. hasta 58. y por su muerte, la dicha Doña Leonor Ferrer continuò la possession de dichos Estados, por derecho de tenuta que tenia tomada, de qua *num.* 8. hasta que muriò (en que no ay duda) como tampoco la ay en que Doña Leonor Ferrer, en su vltimo testamento, debaxo cuya disposicion muriò, como consta por la clausula hereditaria que presentò Doña Leonor Fernandez de Heredia en el pleito primit. à fol. 106. B. ad 115. Y por vna clausula codicilar, que està en dicho pleito, desde fol. 222. B. dexò por su heredera, por via de fideicommisso, a su nieta Doña Leonor Pujades, Condesa de Fuentes, y à su descendencia, que fueron tres hijas, bisnietas de la dicha Doña Leonor Ferrer, llamadas Doña Leonor Fernandez de Heredia, Doña Lorença Fernandez de Heredia, hija segunda, y Doña Francisca Fernandez de Heredia, hija tercera, que es oy Condesa de Belchite, que litiga, auiendo sucedido gradatim en dicho fideicommisso.

12 Y por la muerte de la dicha Doña Leonor Ferrer, la dicha Doña Leonor Pujades, como tal heredera, primero instituida, pidiò al Conde de Almenara que oy es, como heredero por mitad del dicho Conde Don Ioseph; y à si misma, como heredera de la otra mitad, per mediam personam, de la dicha Doña Leonor Ferrer, ante el Iusticia de las causas ciuiles de la Ciudad de Valencia, que se le mandassen pagar las dichas 30ꝟ. lib. de la dicha dote. Y en 9. de Agosto de 636. obtuuo sentencia en su fauor por el dicho Iusticia, condenando al dicho Conde Don Luis, y à la dicha Doña Leonor Pujades, como tales herederos del Conde Don Ioseph, à que pagassen à la misma Doña Leonor Pujades las dichas 30ꝟ. lib. process. prim. fol. 170. Y en virtud desta

sen-

sentencia, en 8. de Octubre de dicho año, el mismo Iusticia proueyò mandamiento de execucion contra los dichos Conde de Almenara, y Doña Leonor Pujades, como tales herederos, por las dichas 30[illegible]. lib. que està à fol. 163. Y hecha la dicha execucion, por no auer bienes, se boluiò la corte en blanco, fol. 174.

13. Deste mandamiento de execucion interpuso apelaciõ para la Real Audiencia el Conde de Almenara en 14. de Agosto de dicho año. Y en 7. de Febrero de 637. se declarò por desierta, fol. 174. Y en 11. de Mayo de dicho año, por sentencia publicada por Don Iuan Daça, à fol. 175. se declarò no proceder las nulidades, y atentados que se opusieron; con que la dicha sentencia del Iusticia passò en cosa juzgada.

14. Con lo qual la dicha Doña Leonor Pujades, en 30. de Octubre de 636. por peticion, que està à fol. 1. se presentò en la Real Audiencia de Valencia, y pidiò, que por la dicha dote de las 30[illegible]. lib. se le mandasse dar la tenuta foral, ò conuencional; y en su defecto, tenèr, ò lo que mas huuiesse lugar de derecho, en el Condado de Almenara, y Baronia de la Llossa, por las razones allì expressadas; y luego hizo presentacion de los instrumentos necessarios, de quienes se harà mencion en su lugar.

15. Vencidos algunos articulos impeditiuos del ingresso de la causa, respondiò el Conde derechamente en 10. de Diziembre de 636. por peticion, que està à fol. 76. alegando en ella, y en otras, replicando, y triplicando las excepciones siguientes. Lo vno, que la tenuta es priuilegio personalissimo, que ni à los descendientes passa; y que supone entrega de dote, de la qual no consta. Lo otro, que Doña Leonor Ferrer fue heredera por mitad, y retuuo todos los bienes del Conde Don Ioseph, durante su vida, por lo qual perdiò la tenuta; y en punto de derecho, censetur sibi soluisse dicha

 do-

dote. Lo otro, que muchos bienes dotales no se cobraron: que ellos, y los reditos de otros cēsos incobrables los ha de in solutum de dicha dote. Lo otro, que la disposicion tenutaria es odiosa, y debe restringirse de manera, que en vn real que aya faltado el cumplimiento de la dote, por èl pierde la tenuta; y que siendo esta vn vsufructo penal, introducido por fuero, aunque resulte de pacto, es intransmissible à los herederos, aunque sea hijos. Y finalmente, que la Condesa no ha hecho, como debia, excusion en los bienes del Conde Don Ioseph, ni la ha podido hazer, por hallarse entregada de sus bienes.

16 Cuyas razones son las principales à que se reduce toda la defensa del Conde, las quales estan satisfechas, y se fundarà en este papel.

17 La parte de Doña Leonor Pujades, fol. 86. hizo presentacion de vna sentencia de la Real Audiencia de Valencia, publicada por Luis de Berbegal en 13. de Iulio de 1600. por la qual à vna hija de la dotada, cuya heredera fue, se le diò la tenuta iure pignoris de las Baronias de Ayoder, y Vilamalur; y que assi, caso negado que no le pertenecieste dicha tenuta foral, ò conuencional, con facultad de hazer los frutos suyos, se le debia conceder dicho tenèo iure pignoris.

18 En este tiempo, para justificar mas su pretension la dicha Doña Leonor Pujades, y satisfazer à las dichas excepciones, en 13. de Iunio de 637. en la Real Audiencia pidiò, que la via executiua, sobre las dichas 30ij. libras de dicha dote, empeçada ante el Iusticia de las causas ciuiles, de qua sup. *num.* 12. & 13. se euocasse à dicha Real Audiencia, pleito execut. fol. 1. y se mādò assi, fol. 2. & 6. B. Y para fin de hazer dicho pago, en 21. de Agosto de 637. la dicha Doña Leonor Pujades hizo oferta de bienes à fol. 7. del executiuo, y presentò el inuentario, vbi sup. *num.* 11.

Ad-

19 Admitioſe dicha oferta, fol. 14. B. del executiuo, de cuya prouiſion confirmada dixo nulidades el Cõde; porque los mas bienes que ſe contenian en dicha oferta eran dotales, con que no ſe auia de hazer ſubhaſtacion dellos, ſino que debia Doña Leonor Pujades recibirlos en pago de la dicha dote, por el *fuero 9. de arris,* referido en el 24. *ſolut. matrim.* y que tambien auia de recibir, à quenta de lo principal de dicha dote, los frutos, y reditos que no pudo cobrar el Conde D. Ioſeph, durante el matrimonio, como ſon los de las quatro mil libras del Conde de Geſtalgar, por parte de precio del Lugar de Sanz, y otros. Y auiendoſe altercado lo vno, y lo otro por ambas partes, en 10. de Octubre de dicho año de 637. por prouiſiõ, que eſtà à fol. 20. del executiuo, ſe mandò, que èl dicho Conde, con todo efecto, dẽtro de diez dias hizieſſe el auto de tranſportacion, y paga de dicha dote, con el qual à la dicha Doña Leonor Pujades ſe le tranſportaſſen las propriedades de los cẽſos, y demàs bienes dotales, para que viſta dicha tranſportacion, ſe examinaſſe, y reconocieſſe, ſi de los frutos, y reditos corridos ſe debia hazer pago de la reſta de dicha dote; con tal, que ſi la dicha tranſportacion no ſe hizieſſe dentro del dicho termino, ſe paſſaſſe adelante en la oferta, haſta ſu venta judicial, ſin otra nueua prouiſion.

20 Y para hazer la tranſportacion mas juſtificada, à pedimiento de la dicha Doña Leonor Pujades ſe mandò hazer nombramiento de Albañiles, y Labradores peritos, que reconocieſſen las peoras que auia en la caſa del Lugar de Albal, huerta, y tierras dèl, y oliuar, y otras en Cocentaina, que traxo en dote la dicha Doña Leonor Ferrer, para que ſe rebaxaſſen de la taſſacion de dicha dote, que eſtaua hecha al tiempo de ſu entrega, conſtando, que dichas peoras reſultaron durante el dicho matrimonio, y por mala adminiſtracion del dicho

cho Cõde Don Ioſeph: que reconocidas en la conformidad dicha por relaciones de los aſsi nombrados, que eſtàn fol.77.del primitivo; ſe hallò de peoras en dicha caſa 150.libras; y por declaracion, que eſtà fol. 82.B. ſe hallò de peora en dichas tierras 80.libr. y ſe mãdò hazer la tranſportacion con dicha rebaxa, fol. 99. de el executivo.

21 Y difiriendo el Conde el hazer dicha tranſportacion, en 25.de Setiembre de 638.fol.82.B. de el execut. Doña Leonor Pujàdes haziendo relacion de la referida proviſion de 10.de Octubre, de qua ſupr. num. 19.para mayor facilidad de ſu cumplimiento, y de dicha tranſportacion, hizo preſentacion de vna memoria de dichos bienes dotales, con ſus eſtimaciones, fol. 86.B.haſta 91.del executivo; con que por eſcritura de 24.de Mayo de 639.à fol. 100, haſta 119.ſe hizo la dicha tranſportacion, que ſe compone de 24. partidas de cenſos, tierras, caſa, viña, y olivar en el lugar de Albal, y Cocentaina, y con la deuda de 3U040. libr. del Conde de Geſtalgar (por aver cobrado el Conde Don Ioſeph las 960.) que todas montan para fin de hazer dicho pago 13U793. libr. 19.sueld. 3 din.

22 Y luego por peticiones de vna, y otra parte ſe inſtò para que ſe declaraſſe ſobre ſi los frutos, y reditos, que no ſe cobraron en vida del Conde Don Ioſeph, de los dichos bienes dotales, ſe avian de mandar recibir en quenta de dicha dote: Y por proviſion de tres de Agoſto de dicho año, fol. 124.del executivo, ſe declarò *pro tunc*, no deberſe hazer dicho pago, por no ſer bienes dotales, ſino proprios del marido, y no conſtar, que los dichos reditos, y frutos ſe dexaron de cobrar por mala calidad de los bienes, reſervando derecho al dicho Conde para poder hazer dicha in ſolutum dacion de otros bienes, ſi parecieren, dotales. Y aunque por parte del dicho Conde ſe dixeron nulidades de eſta provi-

C ſion

ſion,ſe repelieron,fol.150.B.del executivo.

23 Con eſto el Conde en 20. de Octubre de 640. fol. 151. B. del execut. hizo preſentacion de vn auto de pagamiento,que eſtà deſde fol. 152. haſta 156 en ſiete partidas, à quenta de dicha dote, que montan 3U15. libras,cuyo pagamiento ſe contradixo por parte de Doña Leonor Fernandez de Heredia,que ya avia ſalido a eſte pleyto por muerte de dicha Doña Leonor Pujàdes,que fue en el año de 638.y ſe convencieron todas las dichas partidas, que por averſe traido el pleyto en eſte eſtado,ſin aver recaido nueva proviſion, ſe tratarà de ſu repulſa en el pleyto del derecho.

24 En 5. de Iunio de 640. ſaliò a eſte pleyto Doña Leonor Fernandez de Heredia por muerte de ſu madre, la dicha Doña Leonor Pujàdes, con preſentacion de poder,que otorgò en favor de Vicente Gazull, Notario,de un privilegio de mayor edad, y de la clauſula hereditaria de la dicha Doña Leonor Fernandez ſu biſabuela,para legitimar ſu perſona, y otros inſtrumentos pertenecientes a ſu derecho, que todos eſtàn ſucceſsivamente à fol.95.B.haſta 176.

25 Y para mas fundar ſus excepciones, y dilatar eſte pleyto, el dicho Conde de Almenara en 17. de Octubre de 639. à fol. 93. puſo 12. articulos,para que ſobre ellos declaràſe la parte de Doña Leonor Pujàdes,que por no ſer de fundamento,y eſtar vencidos por lo que a ellos reſpondiò Vicente Gazull,Procurador de la dicha D. Leonor Fernandez de Heredia, a fol. 177. del execut. la qual ya avia ſalido a eſte pleyto, y aſsi no ſe haze mencion mas ſingular de ellos.

26 Pero en continuacion de dichas dilaciones, el dicho Conde preſentò nuevos articulos para que ſobre ellos ſe examinàſen teſtigos, que eſtàn con ſu probança à fol. 183. haſta 190. del execut. que por contradicion de eſta parte, ſe mandò que no ſe examinaſſen,

ſino

sino sobre el quinto, septimo, hasta el duodecimo; y por no ser la prueba relevante, no se haze mas mencion de ella, hasta que se dè satisfacion en el derecho.

27 Y luego en 19. de Iunio de 641. opuso excepcion procuratoria a Vicente Gazull, y pidiò que se mandàse hazer excusion en los bienes del Conde Don Ioseph, antes de dar lugar a la tenuta, ò tenèo: y por provision de 27. de dicho mes, fol. 200. del execut. se repeliò la excepcion procuratoria: y por tocar la dicha excusion en los meritos de la causa principal, se reservò para difinitiva: y aviendo la parte de Doña Leonor Fernandez de Heredia, regulado el pleyto, assi por los instrumentos, y autos presentados, como por los hechos; y ajustado, que hecha excusion en los bienes del Conde Don Ioseph, se avian hallado las contenidas en la oferta, de qua supr. num. 18. y recibidose in solutum las 13ꝟ793. libr. a quenta de las dichas 30ꝟ. en 19. de Enero de 641. a fol. 190. hasta 194. del execut. diò peticion refiriendo lo dicho; y que assi se le debia dar la tenuta, ò tenèo dicha, por la restante cãtidad de 16ꝟ206. libr. Y para embaraçar esto el Conde, en 4. de Setiembre de 642. fol. 233. B. pidiò que se mandàsen juntar las partes para hazer ajustamiento de quentas, y que en el interin se sobreseyesse en este pleyto, cuya pretensiõ se repeliò por provisiõ de 30. de Octubre de dicho año, fol. 238. B. por tocar esta liquidacion al Consejo en la difinitiva, segun los instrumentos deducidos.

28 Para mas dilacion de este pleyto, en 14. de Enero de 642. por peticion, que està fol. 200. B. saliò a el Don Gaspar de Prògita y Ferrer, hijo primogenito del dicho Conde Don Luis, por su derecho proprio, diziendo, que iure vinculi despues de la muerte de su padre, le pertenecian el Condado de Almenara, y Baronia de la Llosa; y que assi sin perjuizio de las nulidades, suplicava de dicha provision para este S.S.C. de Aragon,

&c.

&c. el qual en continuacion de su pretension, en 7. de Iulio de dicho año diò otra peticion, que està fol. 230. sin aver hecho mas instancia en todo el discurso de el pleyto.

29 Estando en este estado el pleyto, por averse hecho Religiosa del Convento de Gerusalen de la Ciudad de Zaragoza la dicha D. Leonor Fernandez de Heredia, en 2. de Mayo de 642. saliò a el Doña Lorença Fernandez de Heredia por su derecho proprio, y legitimò su persona, a fol. 208. B. hasta 224.

30 La qual muriò tambien luego, y en 1. de Iunio de 645. saliò a el su tercera hermana Doña Francisca Fernandez de Heredia, fol. 250. B. y legitimò su persona, a fol. 252. hasta 266. y a fol. 280. hasta 302. que es la Condesa de Belchite, que oy litiga.

31 Y como el pleyto estava en estado de sentẽcia, para mas dilacion, Don Fernando Ferrer de Progita, hermano del Conde, saliò a este pleyto, fol. 309. B. en 19. de Enero de 647. diziendo, que era heredero de Doña Marquesa de la Zerda su abuela, la qual avia sido muger de Don Gaspar de Progita, Conde de Almenara, antecedente posseedor de dicho Condado al dicho Conde Don Ioseph, a la qual se le estava debiendo de su dote cierta cantidad, y que hasta ser pagada dicha dote in integrum, con sus interesses, le tocava la tenuta, ò teneo de dicho Condado; y que assi se debia declarar: Para lo qual presentò las cartas nupciales, y testamento de dicha Doña Marquesa, con vna declaracion de heredero ante el Iusticia de las causas civiles de la ciudad de Valencia, que todo està a fol. 311. hasta 356. Y mandada evocar esta causa, se dixeron nulidades de la provision por parte de la Condesa de Belchite, por peticion de 24. de Enero de 647. fol. 359. B. alegando ilegitimidad de persona: Estar ya el pleyto in puncto ferendæ sententiæ: Estar ya pagada la dicha dote: Aver tran-

transsi gido la dicha Doña Marquesa sobre la dote, y la tenuta; auerse prescripto la accion por el transcurso de mas de treinta años, y otras razones, de quibus in suo loco; y sin embargo dellas se confirmò la dicha prouision, fol. 403. B.

32 Pero luego muriò el dicho Don Fernando Ferrer, y dexò por heredero al dicho Conde de Almenara, cuya herencia aceptò, como consta por la clausula hereditaria, y aceptacion, presentadas en este pleito à fol. 426. hasta 432.

33 Y finalmente, para dar toda la cuerda à las dilaciones, el dicho Conde de Almenara en 24. de Enero de 647. por peticion, que està à fol. 357. dixo, que tenia hecho pleito de acreedores, y que assi la Cõdesa de Belchite acudiesse al dicho concurso por su credito de las dichas 17ɋ. lib. para que alli se graduasse, y en concurso de los demas se le hiziesse su pago. A que respondiò la Condesa, que el dicho concurso, ò sequestro no podia impedir la tenuta, ò tenèo que tenia pedida, por quanto la Condesa Doña Leonor Ferrer, para la seguridad de dicha dote, auia tomado possessiõn de dichos Estados, antes que se le huuiessen donado al dicho Conde, que siendo los acreedores de el concurso acreedores del Conde Don Luis, que le auia formado, y no de el Conde Don Ioseph, que los obligò à dicha dote; no tenia obligacion de concurrir con ellos; y por ser practica de la Real Audiencia, que semejantes sequestros no impiden la tenuta, ni tenèo, como se declarò en el sequestro de la Baronia de Ayoder, en fauor de Doña Beatriz Muñoz, y Artès, por el credito dotal de Doña Margarita Valterra su madre, y muchos otros exemplares notorios en dicha Real Audiencia.

34 En 25. de Mayo del mismo año se diò peticiõ por parte de la Condesa, que està à fol. 378. diziẽdo, que

D se

se auia de passar adelante, hasta sentenciar esta causa, y sin embargo del dicho sequestro, por las referidas razones, y porque auiendosele dado la possession à la dicha Doña Leonor Ferrer para seguridad de su dote, mientras esta no se pagò, se continuò en sus herederos la dicha possession, y por consiguiente en dicha Condesa de Belchite; y q̃ assi los dichos Estados no los pudo traer à sequestro el dicho Conde, pues no los posseia, por quãto su possession fue sin perjuizio de la que ya tenia tomada la dicha Doña Leonor. Y despues de varios alegatos por vna, y otra parte, en primero de Agosto de 634. fol. 403. se declarò no proceder el dicho sequestro.

35 Estando en este estado el pleito, la Condesa de Belchite obtuuo de su Magestad, y este S.C. letras, causa videndi, & recognoscendi, sobre esta causa, que las presentò en 17. de Nouiembre de 656. y estan fol. 419. que se mandaron poner en execucion, por cuya causa està este pleito en este S.S.R.C.

36 Y en 10. de Febrero de 657. diò peticiõ el dicho Cõde, q̃ està à fol. 435. diziẽdo, q̃ por ordẽ de la Real Audiẽcia, y cõfirmaciõ deste Supremo Cõsejo, el dicho Cõde, auiendo citado al Procurador de la Condesa de Belchite, hizo concordia con sus acreedores; y que assi, injustamente resistia la dicha Cõdesa la dicha cõcordia, por razon de su credito, y q̃ se le mandasse passar por ella: Y auiendose satisfecho por esta otra parte, y alegado entrambas, en 24. de Março de 657. por prouision, que està à fol. 448. B. se reseruò este articulo para difinitiua, por ser peremptorio del juizio; y este auerse de condenar por votos deste Supremo Consejo. Y aunque desta prouision suplicò el Conde para este S. C. y se le admitiò la suplicacion, fol. 453. dexò passar el termino, sin introducir la causa, con que se pidiò deserciõ; y el mismo Conde renunciò la dicha suplicacion, fol. 471. B.

En

37 En consequencia desto, auiendose pedido que se compulsara el pleito, alegò el Cõde en 15. de Mayo de dicho año de 57. fol. 456. que no se pudiesse sacar este processo, sin que se compulsasse tambien el de sequestro; lo qual se denegò en 24. de dicho mes, fol. 459. B. de cuya prouision dixo el Conde nulidades, que se repelieron en 19. de Iunio de dicho año, fol. 463. y aun de entrambas suplicò para este S. S. C. y assimismo se le denegò la dicha suplicacion en 7. de Iulio de dicho año, fol. 457. B. cõ que presentò el Conde algunos instrumentos; y acordado el processo, se mandò compulsar legal, y juridicamente, y se presentò con todo el estilo necessario en este S. S. R. C.

38 Lo qual en suma es toda la substancia del hecho deste pleito; con cuyo supuesto, para mayor claridad, se diuidirà este papel en quatro Articulos.

39 En el primero se probarà la entrega real, y verdadera de las dichas 30U. libras de la dote que ofreciò Doña Leonor Ferrer à D. Ioseph de Prògita, Marques de Nauarrès, y Conde de Almenara.

40 En el segundo, que por las dichas 30U. libras, ò lo residuo de ellas, hecha la in solutum dacion de las 13U793. lib. 19. sueldos, y sus intereses, le pertenece, y toca à la Condesa de Belchite la tenuta conuencional, con facultad de hazer los frutos suyos en dicho Condado de Almenara, y Baronia de la Llossa.

41 En el tercero, que en su subsidio; y caso negado que la dicha tenuta no tenga lugar, se probarà que le toca el tenèo de dichos Estados, iure pignoris, & hipothecæ, hasta auerse hecho pago de sus rentas, y frutos de toda la dicha dote, y sus intereses.

42 Y en el quarto, y vltimo se darà satisfacion à los Articulos que han quedado pendientes.

Que consta de la real, y efectiua entrega de las dichas 30U. libras de dote que ofreciò al Conde Don Ioseph la dicha Doña Leonor Ferrer, en el matrimonio que con èl contraxo.

43 EL negar el Conde la real entrega de la dicha dote en todo el discurso del pleito, sin embargo de los instrumentos con que se conuence su negatiua, aunque nos obliga à fundar por discurso lo que nos bastaua por presupuesto, como fundamento de nuestra intencion, ex traditis à *Fontanell. claus. 7. gloss. 2. part. 1. num. 46.* descubre mucho la poca subsistencia de su defensa, pues aun à las luzes de la mas clara verdad quiere ofuscar la justicia desta parte.

44 En el *num. 4. 5. 6. y 7.* presupusimos los instrumentos publicos, y legales con quienes se prueba la entrega de la dicha dote, que no estando redarguidos de falsos singulatim, ni tener vicio visible, son la prueba mas releuante, y hazen el hecho manifiesto, *Bart. in l. 1. in princip. vers. Venio ad quaest. ff. de oper. nou. nunt.* & dicuntur probatio probata *Bald. in l. quotiens, in fin. C. de iudic. & in l. interest, C. de solut. Decius cons. 682. n. 1. Alexand. cons. 62. num. 6. lib. 1.* & copiosissimè *Valençuel. cons. 2. num. 4. & cons. 21. num. 78. & cons. 22. n. 43. & cons. 51. num. 2.* A mas, que instrumentis standum est, *l. cum precibus, iunct. gloss. verb. Oportet, C. de probat. Gregor. Lop. in l. 40. tit. 11. part. 5. gloss. 6. Valenç. d. cons. 2. n. 16.*

45 Y aunque las cinco cartas de pago, de quienes se compone la cantidad de 3U377. lib. no sean instrumentos publicos, estan comprehendidas, y mencionadas en la carta de pago ante Escriuano, que està à fol. 14. hasta 54. con que hazen la misma fee, ex *Authent.*

si quis in aliquo, C. de edend. y no solo en nuestro caso, que estan presentadas dichas cartas de pago; pero aun en el que se huvieran perdido, como es texto singular la *l. cum quis 37. §. codicillis, ff. delegat. 3.* A mas, que bastavan las dichas cartas de pago, por ser prueba de q̃ resulta verdadera confession, y mas en Valencia, por la disposiciõ del *fuero 4. rubr. de arrhis*, ibi: *Empero monstrants per carts de nupties, ò per altres leals proves, què aquell exovar, è aquell creximẽt, sera feit entre ells el tẽps del matrimoni.* Lo qual se haze irrefragable, por la promesa de la dicha dote, que precediò a la confession de su recepcion, en cuyo caso perjudica a los acreedores del marido, vt comprobat *Ripol. var. c. 10. num. 161. & 162.* y en terminos de tenuta, que la dicha confession, con promesa antecedente, mientras no se pruebe lo contrario, se deba dar, latè *Ferrer in cõstit. hac nostra temp. 3. declarat. 5. num. 22.*

46 Pero quando la real paga, que resulta de dichas cartas de pago, tuviera alguna duda, le obstara al Conde la prescripcion foral, pues esta excepcion avia de averla opuesto el Conde Don Ioseph dentro de los cinco años, segun el *fuero 14. Rub. solut. matr.* ibi: *Mas sil marit confesara, que havrà habut la dot, el exovar la donatio per nupcies ol sposalici, haya firmitat si donch per aventura no havrà confessat lo marit, que aja rebut la dot, è lexovar Sots Sperãça, que li sos pagat; el qual cas el marit en frecinch anys, que sien comptãts del temps del matrimoni cõtractat se clam de la dot, ò del exovar, q̃ aquell no serà nombrat, ne pagat, è se axi no sen clamara val la donacio per nupcies el sposalici, Anton. Gom. in l. 53. Taur. num. 52. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 12. num. 8. & 19.*

47 Y porque el trãscurso del tiempo para oponer la excepcion non numeratæ dotis, perjudica a qualquiera tercero; y es en terminos el *cons. 474. de Cephal.*

que lo funda: y la razon es: *Quia lapso tempore ad oppo-nendum exceptionem non numerata dotis, tantum operatur confessio mariti, quantum vera numeratio*, *Afflict. decis. 402. num. 10. & 15. Cephal. dict. cons. num. 8.* & hanc sententiam tenent *Andr. de Isern. in constit. Regni causas, lib. 1. Gozadin. cons. 42. num. 13. Alexand. cons. 123. vol. 6. & in cons. 90. col. 2. vol. 3. Roland. a Valle cons. 85. num. 42. vol. 1. & cons. 20. lib. 2. & cons. 74. lib. 4. Boer. decis. 330. col. 3. Cravet. cons. 40. col. 2.* y otros muchos.

48 Lo qual en nuestro caso fuera mas llano quando estuvieramos en estos terminos, por constar de la real entrega de la mayor parte de la dote, pues sin los censos, que consta que vendiò el Conde Dō Ioseph, se hā buelto a esta parte in solutum las dichas 13Ꝟ377. libr. Quia vbi confessio mariti de dotæ recepta, constāte matrimonio aliqua in parte probatur vera, in totum præsumitur, provt ex *Socin. Sen. in cons. 82. col. 2. lib. 3.* dixit *Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 63. n. 3.*

49 Excluyese del todo esta duda, venciendo la razon del fundamento de la dicha excepcion, pues se funda en dezir, que las dichas cartas de pago fuerō otorgadas mucho despues que la escritura en que se haze mencion de ellas, quando por su data consta lo contrario; pues la dicha escritura referente se otorgò en 12. de Diziembre de 605. y las referidas escrituras en Iulio, Agosto, Octubre, y Noviembre de dicho año.

50 Todo lo qual no era necessario, pues al Cōde le obsta la cosa juzgada, hallandose condenada a pagar las dichas 30Ꝟ. libr. por sentencia passado en cosa juzgada, como consta en el hecho, *supr. num. 12. & 13* con que no se insiste mas en este Articulo, por ser llano.

AR-

Que por las dichas 30ῦ. libras, ò lo residuo de ellas, con sus interesses, hecha la in solutum dacion de las 13ῦ793. libr. le pertenece, y toca à la Condesa la tenuta convencional, con facultad de hazer los frutos suyos en el Condado de Almenara, y Baronia de la Llosa, mientras no le sea pagada la dicha dote.

51 A mayor abundamiento, y subsidiariamẽte ha pedido esta parte la tenuta foral, y convencional, En quanto a la foral; si bien en punto de derecho se pudiera esforçar la pretension, sin desistimarla, se omite por no alargar el papel, ex ea quæ congerit *Cancer. lib. 2. var. cap. 7. num. 85. & 90.*

52 Para en quanto a la tenuta convencional, que es la que real, y verdaderamente compete a la Condesa, se refiere a la letra el capitulo tercero de los matrimoniales, *de quo supr num.* 8. ibi: *Item es estat pactat, ha bengut, y concordat per y entre las dites parts, que pera major tuicio, y seguritat, lo dit Don Ioseph de Progita, Marques de Navarrès, y Conte de Almenara, prometerà, y se obligarà, segons que ab lo present capitol promet, y se obliga donar, e lliurar a la dita Doña Leonor Ferrer la possessio dels dits Marquesat de Navarrès, y Condat de Almenara, e Llocs drets, Regalies, Castells, y emoluments à sa señoria, com a señor de dits Marquesat, y Condat, tocants, pertanents: y debents en qual se vol manera, ac etiã manarà als vassalls de dit Marquesat, y Condat, y Llocs, respectivament ad aquells adjacents, prestan los sagraments, y homenatjes de fidelitat à dita señora Doña Leonor Ferrer, ac solent eos pera el dit efecte dels sagraments, y homenajes, li tenen prestat: de tal manera, que la dita señora Doña Leonor haja de tenir, y tinga la dita possessiò,*

ab

ab tota la jurisdicciò alta, y baixa, mer, y mixt imperi, vs, y exercisi de aquella, conforme es costum prestarse; y en semblants possessions se sol, y acostuma donar, y concedir: La dita possessio tinga, y haja de tenir, ex nunc pera en dites cas de dita dot restituidora: En los quals dit Marquesat, y Condat, y Llocs, respectivament ad aquells adjacents, la dita señora Doña Leonor Ferrer puixa fer, y faza los fruits seus, com desus es dit fins tant sia cumplidament, satisfeta, y pagada de tota la sua dot de super constituida, &c. Y con efecto se le diò la dicha possession, vbi supra *dict. num.* 8.

53 De cuya clausula resulta, que la dicha Doña Leonor Ferrer no solo tuvo en los dichos Estados la tenuta foral, *ex for. 9. solut. matrim. Dom. Leo decis. 62. num. 15. & decis. 122. num. 7.* sino tambien la convencional, por averse pactado assi, y podidose pactar; tanto porque no ay razon que lo impida, & tunc contractus ex conventione legem accipiunt, *l. contractus, ff. de reg. iur. c. contractus, eod. tit. in 6. l. 1. §. si convenit, l. Lucius, in fin. ff. deposit.* cum suis concordant. *Valenç. cons. 35. num. 275. & cons. 60. num* 23. como porque aunque este pacto, ò convencion, fuera contra alguna disposicion del derecho comun, avia avierto la puerta a su valididad la disposicion foral, pues lo que se puede disponer por estatutò, se puede tambien por el pacto, *ex l. fin. C. de fideiussor.* y por esso se dize, quod argumētum de pacto ad statutum validissimum est, *Everard. in topic. legal. loco 89. Mascard. de prob. conclus. 1157. num. 46. cum plures relati a Barbos. loca commun. lit. A. num. 490.*

54 Quo supposito, caso que la tenuta foral no le pertenezca à la Condesa de Belchite, heredera, y bisnieta de la dicha Doña Leonor Ferrer; Porque esta proveniens à statuto pœnali, & odioso in ducta in favorem mulieris, se juzga personalissima, è intransmissible,

ſible, ſinò quando mucho à los herederos del primer grado, ſine vlla repræſentatione, ſcilicet a los hijos, vt tenent aliqui relati à *Cancer. in dict. c. 7. a n. 92.*

55 No es negable, que la tenuta convencional ſe tranſmite a los herederos por la miſma naturaleza de la convencion, porque todos los contractos condicionales ſon trãſmiſsibles à los herederos, §. *ex cõditionali, inſtit. de verb. oblig. l. ſi quis Titius, ff. eodem*, latè *Cancer. lib. 3. var. cap. 21. de tranſmiſ. a num. 95.* & poſt cum *Font. de pact. clauſ. 4. gloſ. 24. n. 23.*

56 Y en terminos de dote es là *l. Gaius* 45. *ff. ſolut. matrim. & l. avia, C. de iur. dotium*, en cuyos textos, la eſtipulacion hecha por el dotador, de reſtituirſele la dote, en cierto caſo ſe tranſmite a los herederos, latè *Fontanel. de pact. dict. clauſ. 4. & gloſ. 24. num. 33.* donde ſatisfaze a la duda, que reſulta dela *l. quòd de pariter, ff. de rebus dub.* refiriendo varias ſoluciones de los DD. deſde el *num.* 25. y porque todas ſon en nueſtro favor, amplius de hoc non curamus. Con que hallandonos en eſtos terminos de contracto, y tenuta convẽcional, es preciſo dezir, que iure tranſmiſsionis ha paſſado a la Condeſa de Belchite, biſnieta, y heredera de la dicha Doña Leonor Ferrer, ſtipulante.

57 Ni a lo dicho ſe opone la inſiſtencia, que ſe haze, como vnico fundamento de la parte contraria, diziendo, que la dicha tenuta, es privilegio perſonaliſſimo, y odioſo, inducido por el fuero, en favor de la viuda; y que aſsi no ſe debe tener extenſion a ninguna otra perſona, vt iam eſt dictum. Porque la pretenſion de la Condeſa, en eſte caſo, no es valerſe del fuero, ni ſu privilegio, ſino del contracto: y como eſte ſea tranſmiſsible a los herederos; eſtamos fuera del privilegio perſonaliſsimo; y ſe debe obſervar, y cumplir el dicho pacto, *l. 1. cum vulgat. ff. de pact.*

58 Ni puede eſte pacto tener otro efecto, que

el de la transmision; porque siendo assi, que la tenuta personal està inducida de fuero, si por el pacto no passara a los herederos, no hiziera el pacto, mas de lo que ya està dispuesto por fuero, y por consiguiente fuera ilusorio, y sin ninguna operacion, contra *Bald. in rubr. C. de contrahend. empt. num. 16. l. si quando, ff. de legat. 1. & cap. si Papa, de privil. lib. 6. Mascard. de probat. conclus. 1407. num. 48.*

59 Y no solo todo vn pacto no ha de estar ocioso en vn contracto, pero ni vna palabra, de tal suerte, q̃ ha de obrar todo lo possible, *l. hanc legem, de contrahẽd. empt. l. si stipulatus, ff. de vsur. Cephal. cons. 87. num. 10. tom. 1. Roland. a Vall. cons. 1. num. 122. vol. 3. Valenç. cons. 23. num. 104.*

60 De tal suerte, que en los contractos neque vna syllaba debet apponi superflua, & sine virtute aliquid operandi, vt *notat. gloss in l. 1. ff. quod met. caus. & in cap. solite. de maior. & obed. per quas glos. ita cõsuluit Bart. inter cons. Alexand. in cons. 52. col. 5. in princ. vol. 4.* & refert *Sigismund. Lofred. cons. 39. n. 7.*

61 Y es tan odiosa la superfluidad con el axioma de filosofia, quod natra aborret superfluum, que aũ los estatutos, que de su naturaleza son restringibles, quando disponen lo mismo que el Derecho comun, tienen interpretacion extensiva, vt aliquid operentur, per notata in *l. 1. in §. lex Falcidia, ff. ad l. Falcid. Bart. in l. 4. §. Prætor ait, ff. de damn. infect. & in l. 2. ff. de vsucap. & Imol. in l. si vero, §. de viro, ff. solut. matrim.* quos refert idem *Lofred. cons. 38. num. 6. & cons. 39. num. 23.* tenet *D. Reg. Vico in ll. Sardin. tom. 2. tit. 40. cap. 4. num. 13.* De que resulta, que siendo validissimo el argumento de pacto ad statutum, como se fundò *supr. n. 53* de la missma manera se le ha de dar efecto a este pacto, vt aliquid operetur, respecto del fuero, que se dà al estatuto, respecto del Derecho comun, ne aliàs sit frustratorium.

Otra

62 Otra razon fundamental asiste a la pretẽsion de la Condesa; y es, que aunque la tenuta foral la queramos considerar personalissima, con la inteligencia dicha, essa personalidad resulta de la naturaleza del fuero, en quanto al efecto de hazer los frutos proprios, que por ser odioso, y exorbitante, non recipit extensionem, vt ex *Oliuan.* & *Mier. Dom. Leo decis.* 23. *nu.* 20. pero no por la naturaleza de la misma tenuta conocida de Derecho comun: *Quæ est concessa ratione obligationis bonorum*, como dixo *Bart. Socin. cons.* 82. *num.* 10. *lib.* 3. y es concedida, *hæredibus quibus restituenda est dos*, como supone *Castrens. cons.* 201. *num.* 1. *vers. Videtur contrarium, lib.* 1. tenet etiam *D. Reg. Vico vbi infra num.* 100.

63 De tal suerte, que la retencion de los bienes tenutarios, transit ad extraneos hæredes, adhuc en terminos de nuestro fuero, ex traditis à *Cancer. lib.* 1. *var. cap.* 9. *de dote, num.* 61. referendus infra. Y es cierto, que la dicha tenuta, con facultad de hazer los frutos suyos, aunque proviene privilegio fori, le pertenece a la muger por causa onerosa de su dote, *Cancer. vbi supr. num.* 68. cum *Gamm. in simili*: por lo qual aunque passe a segundas bodas, retiene dicha tenuta, *Mier. in constit. hac nostra, num.* 76. *Oliuan. de action. p.* 1. *lib.* 3. §. *fuerat, n.* 24. *Gam. decis.* 105. quos refert *Cancer. vbi supr. num.* 56. qui dicit ita practicari. Y por la misma razon, aunq̃ luxuriosè vivat, non privatur à dicta tenuta, probat latè *Cancer. dict. c.* 9. *n.* 140.

64 De que resulta, que la personalidad, que se considera en dicha tenuta, non provenit ex sui natura, sed ex natura fori, que la concede, el qual como exorbitante, no recibe extension, *Dom. Leo decis.* 123. *num.* 20. Luego si esta tenuta la consideramos desnuda deste fuero, que la constituye en ser de personal, por exorbitante conservará su naturaleza, & tanquam realis, &

ex

ex causa onerosa, serà transmissible a los herederos, particularmente descendientes, a quienes passan los privilegios de la dote, *l. dotale 13. §. 3. ff. de fund. dot.* ibi: *Hæredi quoque mulieris idem auxilium præstabitur, quod mulieri præstabatur,* sic intelligendus, y no del heredero estraño, para concordar este texto con la *l. 1. C. de privileg. dot.* como notò *Gothof. in dict. l. 1.* & tenēt *DD. in l. assiduis, C. qui potior. in pign. habeant.* Y por consiguiente en nuestro caso, que la tenuta que se pide, no solo no proviene por el fuero, que la haze personal, sino que resulta del pacto dotal, ex sui natura transmissible a los herederos; debe tener essa transmissibilidad à la Condesa, no solo heredera, sino bisnieta de la dicha Doña Leonor Ferrer.

65 Ni es de cōsideraciō la instācia, q̃ se haze cō la exorbitācia del fuero, por la qual no puede tener extēsiō a ningū otro caso, ni a ninguna otra persona; porq̃ se cō vence por la misma tenuta que se pide, pues no valiendose la Condesa del fuero, no le puede obstar la no extension, que resulta de èl; Y que por razō del contracto pueda recibir extension essa tenuta foral, parece llano, pues siendo verdad, que esta solo la dà el fuero en los bienes del marido, tandem si el suegro se obliga cō sus bienes a la tenuta (que alias, aunque la dote se pagara al mismo suegro, y al marido, non datur ex foro in bonis soceri, *Ripol. var. cap. 10. num. 215.*) la tendrà la viuda en dichos bienes, *Dom. Leo dict. decis. 123. num. 12.* ibi: *Nec obstat secundum, licet enim non recorder vidisse decisum, tenutam foralem competere in bonis soceri, nec competit, vt opinor, quia forus qui exorbitans est, tantum concedit tenutam in bonis mariti, & solum memini legisse Regiam sententiam latam in favorem Domnæ Greidæ Pardo & de Belvis, contra Dominum Guillermum Belvis, Dominum Baronia de Belgida, eius socerum, publicata per Vincentium de Albriçu, Regium mandati scribam,*

die

die 10. Iunij 1572. cum qua fuit declaratum dictã Dominam Greydam habere tenutam in Baronia de Belgida, & in alijs locis eius soceri, eorumque fructus suos facere post annum luctus, ex conuentione facta cum dicto socero, qui in capitulis matrimonialibus, hoc ei promiserat, & pro securitate dotis, & augmẽti possessionem dictorum locorum ei tradiderat, &c.

66 Luego por razon del contracto la dicha tenuta recibe estension a los casos no expressados en el fuero, y que alias por el no se extendiera: Luego en nuestro caso, que la tenuta se pretende por razon del cõtracto, vt dictum est, no nos obsta la exorbitancia del fuero, para que se estienda, y passe a la Condesa de Belchite.

67 Ni a esto obstaria si quisiesse hazer diferencia de nuestro caso al del *señor Leon*, por quanto en aquel el mismo suegro se obligò a la tenuta; pero en este el Conde Don Iosep no se obligò a dar dicha tenuta à los herederos de doña Leonor, sino a ella sola; y asi no es mucho que en aquel caso la tenuta, que solo concedio el fuero en los bienes del marido, tenga lugar en los del suegro por el especial contracto que se hizo; pero en el nuestro que no se halla essa obligacion a fauor de los herederos de dicha doña Leonor, no puede passar à ellos, porque si passara, auia de ser per extension, que es la que no admite el fuero.

68 A que se satisface diziendo, que lo que se pretende probar con el caso del *señor Leon*, solo es, que por el contracto se puede constituir la tenuta que concede el fuero, en los casos que el fuero no la concede, de tal manera, que sea verdadero dezir, que el contracto puede inducir essa tenuta en su caso, de la misma manera que la induce el fuero en el suyo: lo qual no es dudable, que se prueba del dicho caso del *señor Leon*, pues por la obligacion del suegro consiguiò la nuera tenuta foral en sus bienes, quando sin la dicha obligaciõ no

la tuviera por disposicion de dicho fuero, y que valga, y obligue el dicho pacto, es llano, quia pacta omnia quæ in tabulis nuptialibus apponũtur firma valida, quæ sũt, nisi expresse reperiantur prohibita, *l. 1. §. illud. C. rei vxor. action.* ibi: *Illud etiam generaliter præsenti addere sanctioni, necessarium esse duximus, vt si qua facta intercesserint, vel pro restitutione dotis, vel pro tempore, vel pro vsuris, vel pro alia quacumque causa, quæ nec contra leges, nec contra constitutiones sunt ea obseruentur*, & plura adducit *Francisc. Molin. de ritu nupt. in præalud. vniuers. tractat. num. 1. cum plur. seqq. Annæus Robert. rerũ iudicat. lib. 4. cap. 1. circa fin. Mantic. de tacit. & ambig. lib. 12. tit. 32. de ambiguis pact. dot. ex num.* 1. quos sequitur illos referendo, *Fontanel. de pact. nupt. claus. 5. gloss. 8. p. 12. n. 54.*

69 Y asi siendo esto cierto, y por consiguiente, que el dicho Conde D. Ioseph pudo constituir en los dichos capitulos matrimoniales la dicha tenuta; lo serà tambien el que esta passò a la Condesa de Belchite, bisnieta, y heredera de la dicha Doña Leonor Ferrer, comprehendida en dicha obligacion, ex natura contractus, que es ser transmissible a los herederos (vt fundavimus *supr. num.* 55. como si expressamente se huviera pactado que passara a ella, quia expressum dicitur quod prouenit in consequentiam, & ex natura pacti, *l. prætor ait, in princip. & ibi DD. ff. de oper. nou. nũtiat. Cæsar Bart. decis.* 108. *num.* 24. y la razon es, quia partes censentur ea voluisse, quæ sunt de natura contractus, *l. assiduo, ff. de acquir. hæredit.* & probat latè *Iacob. Port. cons.* 81. *num.* 39. & 40.

70 Hazese lo dicho mas llano con lo que se percibe del mismo pacto, pues auiendo el Conde D. Ioseph ofrecido, en dichos capitulos matrimoniales, a la dicha doña Leonor la possession de dichos estados, dize que la aya de tener con facultad de hazer los frutos suyos, ibi:

ibi: *Fins tant sia satisfeta, y pagada de tota la sua dot, desuper constituida*, ideſt: *Donec sit satisfacta, & soluta omni sua dote*; cuya diccion *donec*, a mas de que regularmente importa condicion, *l. pater Seuerinam, §. fin. & ibi Bart. in vers. Secundo principaliter. ff. de condit. & demonstrat. l. legatum, ff. de annuis legat. l. generaliter, §. dicas filias; ff. de vsufruct. legat. Barbos. de diction. dict. 93. nu. 12*: su propriedad es reſtringere diſpoſitionem cum perſeuerantia, vſque ad tempus cui adiecta eſt, *Bart. in l. 1. col. 6. ff. de condit. & demonst. Grat. cons. 81. numer. 26. lib. 2.* cum plures relatis ab ipſo *Barb. vbi supr. num. 5.* y en terminos de la diccion *fins tant*, tenet *Ferrer. in dict. constit. hac nostra, temp. 3. declarat. 6. à n. 41.* Luego auiendoſe juntado la dicha diccion *donec*, à la paga de toda la dote, la diſpoſicion de la tenuta que ſe paccionò, ha de perſeuerar haſta tanto que eſtè pagada, porque de otra ſuerte no ſe verificara el contracto, pues ſin eſtar pagada toda la dote, ceſſarà la tenuta.

71 Y que eſto fueſſe aſsi ſe expreſsò mas claro en el acto de poſſeſsion que ſe diò a la dicha doña Leonor Ferrer, de dichos eſtados, en el qual *fol. 128. B. in proces.* ay vna clauſula del tenor ſiguiente, ibi: *Item es pactat hauengut, y concordat, per y entre les dites parts, que pera major tuicio, y seguritat de la dita dot, lo dit D. Ioseph de Progita, Marques de Nauarrès, y Conte de Almenara, prometra, y si obligara, segon que ab lo present capitol promet, y se obliga donar, è lliurar à la dita señora D. Leonor Ferrer la possessio del dit Marquesat de Nauarres, y Condat de Almenara llochs, &c.* que por aquella clauſula, *que pera major tuicio, y seguritat de la dita dot*, ſe diò a entender, que la dicha poſſeſsion tuvo por cauſa final la ſeguridad de la dote, que eſſo importa aquella diccio͂ *pera*, que es lo miſmo que *ad*, la qual in nueſtro caſo, no es dudable que importa la dicha cauſa final, *Menoch. cons. 352. num. 1. & 2. Socin. Iun. cons. 48. num. 2. vol. 3.*

Man-

Mandos. in regul. 34. cancell. quæst. 66. num. 53. Gōçal. ad regul. 8. cancell. gloss. 12. §. 1. num. 30. Cened. singul. 49. num. 8. sequitur *Barbos. diction. 6. n. 6.* con que siendo la seguridad de dicha dote, la causa final de la dicha possessión, esta se deue continuar hasta que aquella estè pagada, y satisfecha.

72 Bien ha reconocido la parte del Conde de Almenara la fuerça destas razones, y ha intentado euadirse de ellas, diziendo, que los dichos Estados sobre q̃ el Conde don Ioseph ofreciò esta tenuta, son vinculados, y que como posseedor fideicommissario de ellos, no pudo obligarlos en mas de lo que le permitia el fuero; porque alias perjudicaria a los sucessores actu volūtario cōtra las reglas de mayorazgo, *l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2. Molin. de Hispan. primog. lib. 4. cap. 9. num. 10.*

73 Pero antes de entrar en lo real de esta excepcion, queda en lo formal desvanecida la pretension del Conde, pues auiendo seguido pleyto contra esta parte, sobre la manutencion de estos Estados, la pretendiò, y obtuvo en fuerça de la que le diò el Conde D. Ioseph, por la donacion que dellos le hizo (*vt supr. num.* 10.) sin que se aya valido de otro titulo, ni otra razon, para tener, y posseer dichos Estados, teste processu, con que corre de llano, que no puede dezir, que el Conde Don Ioseph no los tuvo libres para obligarlos a la dicha dote, pues confiessa, y afirma, como fundamento de su intencion, que los tuvo libres para donarselos a èl, quando de otra suerte no pudiera valer la dicha donacion; y asi procede esta excepcion contra la intencion del Conde, ex eodem fonte ex quo venit petitio, tan releuante, que no se excluye por el estatuto general de *non obstā te aliqua exceptione*, vt cum multis *Menoch. lib. 2. præsumpt. 48. numer. 23. & post cum Carroz. de remed. except. 154.*

Y del

74 Y del mismo acto de la possession, en que tiene fundada su intẽcion el dicho Conde, resulta la aprobacion de la obligacion que el Conde Don Ioseph hizo de estos Estados a la seguridad de dicha dote, con facultad de hazer los frutos suyos, hasta estar enteramente pagada, vt patet en dicho acto de possession, process.fol. 139. donde hablando de dicha donacion dize, ibi: *Con ciertos, pactos, vinculos, y condiciones que en ella estan contenidos, à que me refiero; y en particular, sin perjuizio de la que ya tiene tomada la dicha señora Doña Leonor Ferrer mi muger, y assi tendrè mucho gusto: y en quanto puedo, os mando deis la possession de dicha villa, &c.*

75 De que resulta, que aunque en la realidad los dichos Estados los tuuiera vinculados el dicho Conde Don Ioseph, esta excepcion no la podia oponer el Conde Don Luis, que es oy Conde de Almenara donatario, pues su intenciõ, y su derecho se excluyen ad inuicem; pues fuera verdadero dezir: el Conde D. Ioseph no pudo obligar estos Estados à la dicha dote, luego no se los pudo donar al Conde Don Luis; luego el dicho Conde no es parte legitima para oponer esta excepcion, pues èl mismo se excluye del derecho con que possee; y si se los pudo donar, es sin duda que antecedentemente los pudo obligar à la dicha dote, pues tan libres auia de tenerlos para donarlos, como para obligarlos.

76 Y finalmente tenia lugar la regla de Derecho, de que resoluto iure dantis, resoluitur ius accipientis, *l. lex vectigale 31. ff. de pignor. l. si ex duobus, §. 1. ff. de in diem adiection.* & cũ plurib. *Barbos. loca comm. verb. Resoluto, num.* 108. Y por consiguiente, que el dicho Conde quedaua excluido de todo su derecho, è incapaz, como no parte, para oponerse à la pretension de la Condesa, con que se le podia dezir *sine actione agis*; excepcion tan releuante, quæ impedit processum ad vlte-

riora, donec de ea sit cognitum, iuxta notata in *l. si pupilli, §. videamus, ff. de negot. gest. Marant. de ordin. iudic. part. 4. tit. iudicium præiudicabile, & non præiudicabile, num.* 15. *& gloss. & DD. in l. vbi pactum, C. de transact.* cum alijs relati à *Cancer. lib.* 1. *variar. cap.* 18. *num.* 20.

77 Pero entrando en lo principal de la duda, y caso negado que no le obstaran estas razones al Conde, se conuence su intencion de su mismo fundamento; pues donde vnicamente opone esta excepciō, es en resolutoria de 7. de Agosto de 658. à fol. 483. B. hasta 498 y en el versiculo, *lo que tampoch pot tenir coch*, fol. 481. induce este vinculo de los capitulos matrimoniales entre Don Gaspar de Prògita, y Doña Marquesa de la Cerda, otorgados en la Ciudad de Zaragoça en 9. de Iunio de 1651. procesf. à fol. 311. B. presentados por D. Fernando Ferrer de Prògita, para pedir la tenuta que pretēdiò por la dote de dicha Doña Marquesa, *de qua infra art.* 4. en los quales capitulos parece, que D. Fernādo de Prògica, y D. Angela de Mila, padres del dicho D. Gaspar de Prògita, y posseedores destos Estados, los vincularon à contemplacion del dicho matrimonio; de donde arguye el Conde, que auiendo, como huuo, hijos del dicho matrimonio, no pudo posseer los dichos Estados el Conde Don Ioseph; y por consiguiente, que no los pudo obligar à la dicha dote.

78 Desuerte, que si probaramos que este vinculo no subsistiò, quedara excluida la excepcion del Conde, como vnico fundamento de su intencion: Y que estè probado, es llano, por la sentencia Real, passada en autoridad de cosa juzgada, publicada en 17. de Setiembre de 1596. procesf. à fol. 149. B. hasta 157. por la qual, auiendo pretendido la dicha Doña Marquesa de la Cerda la subsistencia deste fideicommisso contra el mismo Conde Don Ioseph, que pretendiò no auerse podido

vin-

vincular los dichos Estados en dichos capitulos matrimoniales; por estar grauados antecedentemẽte à *fideicommisso perpetuo, gradual, simple, y absoluto, in fauorem filiorum, & descendentium masculorum, per rectam lineã masculinam* de Don Nicolas de Prògita, hijo de Don Iuan de Prògita, en los instrumentos dotales del matrimonio que contraxo con Doña Leonor de Centelles y Castellet, recibidos en la Ciudad de Valencia por Vicẽte Rubert, y Francisco Pelegri, Notarios publicos, en 27. de Iunio de 1444. Y ser el dicho Conde D. Ioseph descendiente del dicho Don Nicolas, con las dichas calidades, se declarò en su fauor, y contra la dicha Doña Marquesa, ut patet ex ipsa sententia; con que no se puede negar, que el dicho Conde Don Ioseph, en virtud de ella, adquiriò derecho, y titulo justo, y legitimo à dichos Estados, quia res iudicata pro veritate habetur, facit rem notoriam, & de albo nigrum, *l. si non sortem, §. hæredi, ff. de condit. indeb. l. cum putarem, ff. famil. ercisc. l. ingenuum, ff. de stat. hom. l. res iudic. ff. de reg. iur. l. 1, C. quand. prouocar. non est necess. & passim DD.*

79 Y aunque desta sentencia se quiere euadir el Conde, diziendo, que no le puede perjudicar, tanquam res inter alios acta; y esto tuuiera algun fundamento, que no tiene, no puede negar, por lo menos, que el Cõde Don Ioseph, en virtud desta sentẽcia executiua, possey ò legitimamente los dichos Estados, quia iustè possidet, qui authoritate iudicis posidet, *l. iuste possidet 11. ff. de acquir. poss. Tiraq. in l. 9, connub. in princ.* Y por cõsiguiente, que mientras no se reuoque, no se le puede negar el derecho que adquiriò à dichos Estados.

80 Con que no es negable, que los pudo obligar à la dicha dote. Y aunque se puede instar contra esta obligacion con la misma sentencia, pues por ella cõsta, que los dichos Condado de Almenara, y Baronia de la Llosa son de fideicommisso perpetuo, como està dicho: Se

res-

responde, que aunque el Conde Don Ioseph los huuo, y le pertenecieron por fideicommisso perpetuo, en èl quedaron libres, por auerse acabado todas las personas que podian suceder, *Molin. de Hispan. primog. lib. 1. cap. 4. num. 1. & ibi Add.* y assi lo reconoce el Conde, impugnando la dicha tenuta; y por lo menos no ay persona que pretenda lo contrario, pues aun el mismo Cõde, quando quiere que estos Estados sean de mayorazgo, se funda en las capitulaciones de Doña Marquesa; en las quales consta por dicha sentencia, que no se pudo hazer.

81 De otra razon se vale el Conde para excluir la dicha tenuta, y es dezir, que Doña Leonor Ferrer quedò por heredera por mitad del Conde Don Ioseph, cuya herencia aceptò: y es cierto, que la viuda, adiendo la herencia del marido, pierde la tenuta de sus bienes. Esta doctrina es original de *Mier. in constit. hac nostra, num. 125. & 126. p. 1. fol. 154. Ferrer. 3. p. obseruat. cap. 520. & Ripol. var. cap. 10. n. 229.*

82 A que se responde, que la dicha doctrina se ha de entender, quando la aceptacion de la herencia la hizo la viuda sin el beneficio de inuẽtario, que entonces, por la confusiõ de acciones, pierde su derecho, & facta est vna hæreditas debitoris, & creditoris; pero no quãdo la viuda aceptò la herencia con el beneficio de inuẽtario, como sucediò en nuestro caso; està presentado vbi supra *num.* 11. La razon desto es clara, porque cõmo el efecto principal, y precipuo del inuentario, es separar los bienes del heredero, de los del testador, *Rot. apud Seraphin. decis. 842. num. 5. & eadem Rot. apud Cardin. Mantic. decis. 326. num. 4. Ferrer. in constit. hac nostra, 2. temp. declrat. 4. num.* 133. para que no se extingan las acciones desuerte, que el heredero acreedor se quede acreedor, y pueda conseguir su credito, & è conuerso *l. debitori, C. de pact. l. vt debitum, C. de hæredit. action.*

action.cum adduct.a Cancer.variar.lib.3.cap.2. de inuentar.num.166.& 167. auiendo hecho el dicho inuentario la dicha Doña Leonor Ferrer, no se perjudicò del derecho de tenuta que tenia adquirido contra dichos Estados.

83 Ni obstaria si se replicara con los mismos Autores, *Ferrer.y Mier.* quos refert *Cancer.vbi prox.num.169.* los quales parece que niegan la dicha tenuta a la viuda heredera, adhuc, cum beneficio inuentarij. A que se responde: Lo primero, que esta opinion nò es segura, como se lo pareciò a *Cancer.loco citato*, donde despues de auer referido dichos Autores, dixo, ibi: *Quæ tamen noua limitatio, non transit sine difficultate*, desuerte, que dicha limitacion, sobre ser nueua, en opinion de Cancerio, no puede passar sin dificultad: entendiòlo assi Fōtanel.*de pact.nupt.claus.7.gloss.3.part.7.a num.42.* ibi: *Erit etiam considerandum, si mulier confecit inuentarium provt semper solet, illud enim palam est, quod præseruat à cōfusione actionum, vt in l.fin.§. in computatione, C.de iure delib. de quo latè per nostrum Cancer.in 3.part.var.cap.2. de inuent. num. 166. & seq. pulcherrime Ioan. Bapt. Az.in.de excut.§.7.cap.69.vbi præcæteris optimè declarat qualiter in hoc casu, mulier hæres per inuentariū dicatur compatibiliter duas personas representare: & ideò bene dixisse nostrum Mier. in hac eadem constit.in supra citat.num.126.existimo, quod si est factum inuentarium, in isto casu retinetur dos, & reliquum restituitur, addendo se ita vidisse pronuntiari in Audientia Regia: Optimè etiam ob id iudico dixisse, Cancer. in citat. cap. 2. de inuent.num.170.de hac retractando non transire, sine difficultate, quæ ex Mier. & Ferrer supra in principio simpliciter diximus pro exclusione mulieris à beneficio constitutionis, quando est instituta hæres, imò etiam sine inuentari deducit hæres sua credita, vt latissimè Peregr.de fideicommiss.art.35.num.1. qui infinitos adducit Hieronym.*

 à Lau.

à Laurentius, decis. Auenionens. 45. num. 8. Sese decis. 46. per tot. Con que no es dudable que Cancerio, y Fontanela limitaron la inteligencia de los referidos DD. à solo el caso, que la viuda heredera no hizo inuētario de los bienes del marido.

84 Y aunque la autoridad de Cancerio junta a la de Fontanela, y su razon, con la fundada en el numero antecedente, pudieran dexar satisfecho el animo, para entender que la viuda heredera, por el beneficio de inuentario, no deue perder el priuilegio de tenuta. Todavia se añade otra razon, que parece la mas genuina del caso, y es: *Que la adicion de herencia con beneficio de inuentario, habetur loco abstensionis*, segun la mas corriente opinion, *l. fin. §. & si præfatam, & ibi Bald. Salycet. & Moder. C. de iur. deliber.* & est *l. debitorū, ff. ad Trebel. & l. ita tamen, ff. ad leg. falcid.* & habetur in *cap. 1. an agnat. de vsibus feudor.* Francisc. *Anton. de iudic. in tract. de liquid. instrum. in 4. cons. num. 69.* quos refert *Luc. Math. de Apiscel. in tract. tutam. pau. tit. de cession. bon. 3. num. 14. in fin.* Por lo qual todos los referidos autores sienten, que el hijo que ade la herencia del padre cum beneficio inuentarij, goza del beneficio de la *l. 2. ff. quod cum eo*, que solo le diò el Pretor al emancipado, ò exheredado, ò al que se abstuuo de la herēcia de aquel en cuya potestad estaua al tiempo de su muerte, de que resulta con euidencia, a paritate rationis, que auiēdo adido, ò acceptado la herencia, de don Ioseph de Progita su marido, la dicha doña Leonor Ferrer, con beneficio de inuentario, no deue priuarse del beneficio de tenuta, que gozàra, si se huviesse abstenido de ella, porque semejante aceptacion habetur loco abstensionis.

85 Lo otro, que aunque todo esto cessara, y fuera cierta la opinion de *Ferrer*, no procedia en nuestro caso, porque el dicho Ferrer hablò de la tenuta foral, y en-

ten-

tendió que por la constitucion *hac nostra*, por sola la adicion fuit confusione extincta la accion de dote. Y nosotros nos hallamos en terminos de tenuta conuencional, y por consiguiente se ha de regular por las reglas del derecho comun, el qual dispone, que por el beneficio de inuentario se conseruē ilesas todas las acciones al heredero, ex iam dictis.

86 Lo otro, porque el inuentario eficazmente obra, *ne hæres sit in damno, DD. in l. fin. §. in cōputatione, C. de iure deliber. Roman. cōs. 18. cum Fulg. Alexand. & alij relat. à Pinel. in l. 1. part. 3. num. 81. ampliat. 7. C. de bon. matern. D. Sesè decis. 88. nu. 23.* si por la adicion de dicha herencia se priuara D. Leonor de su tenuta cōuencional, no se lograra el efecto del inuentario, pues sin embargo de auerle hecho *foret in damno*, perdiendo vn derecho adquirido.

87 Y aun en terminos de la constitucion, *hac nostra*, no tenia lugar la referida doctrina in nuestro caso, porque Ferer hablò en el que el marido instituyò por heredera fideicommissaria à la muger, que llegando el caso del fideicōmisso, sin embargo del inuentario, no gozara del beneficio de la tenuta en dicho fideicommisso, y esto por la confusion de las acciones. Y como en nuestro caso doña Leonor Ferer no fue instituida heredera en los dichos Estados, no pudo auer essa confusion de acciones, porque la dicha confusion *solùm datur pro illa parte, pro qua est hæres, l. debitori tuo 7. C. de pact. l. licet, C. ad leg. facid. Gozadin. cons. 94. num. 46. Iason in l. 1. frater à fratre, num. 9. in 3. notab. de condit. indebit. Menoch. cons. 89. num. 43. Gratian. discept. for. cap. 203. num. 5.* luego en quanto à los dichos Estados, en quienes tenia adquirido el derecho de tenuta, no se lo embaraçara la adicion, que no pudo confundir essas acciones: con que queda llano que la dicha adicion no impide la tenuta.

Pe

88 Pero aun en esta adicion funda otra excepciõ el Conde diziendo, que hallandose heredera del Conde D. Ioseph, *censetur sibi soluisse*, como tenia obligaciõ. A que se responde con el mismo inuentario, pues constãdo por el que en dicha herencia no auia bastantes bienes para hazerse dicho pago, no estuvo obligada a ello; porque por el inuentario, como està probado, se quedò en terminos de pura acreedora, ne hereditas foret illi in damno, y el acreedor inuito, no està obligado a recibir pro parte la paga, *l. 3. ff. famil. erciscũd.* ibi: *Quia sæpe, & solutio, & exactio partium, non minima incommoda habet, l. tutor 41. §. Lutius, vbi gloss. verb. deposuit, ff. de vsur. l. obsignatione 9. vbi gloss. in verb. Titius, C. de solution. Gratian. discept. forens. cap. 224. nu. 73.* neque aliud pro alio, *l. 2. §. mutui datio, & ibi gloss. fin. ff. si cert. petat. l. promissor. §. fin. de cõstit. pecun. cum vulgat.* y asi no se puede dezir que *censetur sibi soluisse*, pues el derecho no presume que vno haze, lo que este no le obliga à hazer.

89 Y lo que mas en semejante caso asientan los practicos, es, que la muger quando halla bastante dinero en la herencia del marido para hazerse pago de su dote, ad impediendum cursus vsusfructus bonorum mariti, està obligada a hazerse dicho pago, ita *Mier. in constit. hac nostra, relatus à Ferrer in dict. constit. temp. 1. declarat. 5. n. 21.*

90 De que resulta, que aunque en parte se pudiera auer hecho pago de dicha dote, no estaua obligada a ello, pues cessa la razon de dicha obligacion. Y la razõ es llana, porque como por qualquiera cãtidad, por minima que sea, que se quede deuiendo de la dote, tiene la muger tenuta en los bienes del marido, *Ripol. var. cap. 10, num. 231. Fontanell. de pact. nupt. claus. 7. gloss. 3. p. 6. num. 15. D. Leon decis. 123. num. 25. & 28. lib. 2.* no pudiendose hazer el pago por entero de la dicha dote,

no

no impidiria el curso del vsufructo en los bienes del marido, hoc, est la tenuta, y por cõsiguiẽte no estuvo obligada a hazerse el dicho pago, argumento a cessante ratione, *l. quod dictum, ff. de pact. cum vulgat.*

91 Y aunque no por esta razon, lo afirma el *señor Regen. Vico lib. 2. de las leyes, y pragmat. de Cerdeñ. tit. 40. cap. 4. num. 44. vers. Fin.* ibi: *Item secundo veniunt supra dicta limitanda, ad tenutam mulieri tollendam, vbi ex pecunijs processuris ex bonis mariti in hæreditate repertis non possit, & valeat vidua integre de dote satisfieri, quia si ad illius satisfactionem deficeret obolum tenuta non cessaret, ex notat. à Mier. ad constit. Cathalon. colat. 6. n. 195.* ibi: *Et quia hic litera dicit integrè, &c. & quæ diximus supr. n. 37.*

92 Con que por qualquiera lado que se quiera cõsiderar, parece llano que si a la Condesa de Belchite le pertenece la tenuta conuencional que pretende en el Condado de Almenara, y Baronia de la Llosa, con facultad de hazer los frutos suyos, hasta la real paga de toda la dicha dote.

ARTICVLO TERCERO.

Que caso negado que a la dicha Condesa no le pertenecie-ra la tenuta conuencional por la dicha dote, se deue declarar pertenecerle el teneo de dichos Estados, iure pignoris, & hypotheca, hasta la real paga de todo la dote, y sus intereßes.

93 Esta pretension (caso negado que no subsistiera la tenuta conuencional, y que no obrara en razon de tenuta, con facultad de hazer los frutos suyos, como se paccionò, y està probado) tiene fundamento en la misma convencion, pues por ella a qualquiera sucessor de la viuda, iure pignoris, & hypotecæ, se le dà retencion

 de

de todos los bienes que posseyò el marido, hasta que se haze real paga de toda la dote,ò resulta estar pagada de los frutos,y emolumentos de los dichos bienes, *l. in hoc iudicio, §. impendia, vers. Sed is qui à me emerit, ff. commun. diuidũd. Alexand. in l. qui exceptionem, §. si pars, ff. de condit, indebit. Neguſ. de pignor. part. 5. memb. 4. num. fin.*

94 Et in indiuiduo *Thom. Grãm. decis. 92. num. 19. & 20. Franc. Març. 181. par. 1. Caualcan. in tractat. de vsufruct. mulier. relict. num. 21.* provt refert *Iacob. Cancer. lib. 1. variar. resolut. cap. 9. num. 61.* ibi: *Ad extraneum tamen hæredem dictum ius retentionis etiam transire censeo, & hoc est indubitatum cum dictum ius retentionis transeat in quemlibet singularem successorem, &c.*

95 Firmant hanc conclusionem *Fontan. de pact. nupt. tom. 2. claus. 7. gloss. 3. part. 7. à num. 2.* adonde cõ autoridad de *Mig. Ferrer, Despujol, y Cancer.* refiriendo vna sentencia de aquel Senado, sobre el pleyto en que se auia dudado, si el heredero estraño de la viuda, que auia retenido los bienes del marido por la dote, hazia los frutos suyos, dize, ibi: *Fuit enim condemnatus hæres extraneus ad restituendum fructus perceptos a die mortis viduæ; verum est quod fuit dictum soluta prius sibi dote, concedendo per ea verba retentionem hæredi, donec restitutio esset facta: actuarius est Hieronymus Bosch, non nihil de hoc apud Michael. Ferr. in 3. part. obseruat. cap. 519. & pro retentione quam diximus competere hæredibus extraneis, multos allegat Despujol, vbi supra, & Cancer. dict. cap. 9. nu. 36. Nota tamen, quod in isto casu in compotum, & ratam fructuum, tenetur hæres accipere creditori interesse dotis, & aliorum creditorum, pro quibus vt in superioribus diximus habet retentionem, prout in terminis dicit Oliuan. vbi supr. num. 14. & declarauit olim Senatus 9. Maij 1541. inter Hieronym. Salon. &*

la-

Iacob. Mateu relatore Salauerdenya, vbi fuit dictum, quod quando creditor non facit fructus suos rei pignorate, sed eos restituere tenetur, tenetur etiam dominus ei accipere in computum, & ratam fructuum interesse sui crediti, quod ibi dictum fuit esse debere prout est communiter in Cathalonia ad rationem vnius solidi pro libra.

96 Lo mismo dixo *Ripol.var.cap.* 10. donde en el *num.* 445. propone la question en terminos; y en el 446. dize, ibi: *Respõdeo, quod hæredibus suis nempe filijs competit, & tenutam, & compotum faciendi fructus suos, hæredibus verò extraneis institutis a vidua, solum competit tenuta, quo ad retentionem bonorum, non verò, quo ad commodum faciendi fructus suos, de filijs, quod habeant idem ius, atque eorum mater est constit.* y mes declarant, *sub tit. solut. matrim. nam de iure communi priuilegia mulieribus competentia pro dote, competunt etiam filijs, seu filiabus hæredibus institutis, l.* 1. *C. de priuil. dot. & ibi communiter scribet. Mier. hic num.* 24. & 79. *extraneis verò hæredibus non competit, quoad commodum faciendi fructus suos, sed habent hæredes extranei tenutam, & retentionem, quo ad vsque dos eis integrè soluatur, ita vt tempore solutionis ipsi hæredes teneantur in compotum dotis percipere fructus per eos perceptos, ipsis verò hæredibus in hoc prospicitur, quod etiam computatur eis ratio fructuum ipsius dotis, ad rationem solidi pro libra, iuxta ea quæ tradit Fontanel. &c.*

97 Con que queda llano ex omnium DD. consensu, que a la Condesa de Belchite, como heredera de la dicha Doña Leonor Ferrer (caso siempre negado que no le pertenezca el derecho de tenuta cum facultate faciendi fructus suos) le toca el tenèo, ò retencion iure pignoris, & hypothecæ, por la dicha dote de los dichos Estados de Almenara, y la Llosa.

98 La razon de esto no la dà ninguno de estos Doctores, pero *Francisco Ferrer* la declarò *in dict. const.*

hac

hac nostra 1.*temp.num.*57.ibi: *At qui de iure habentes hypothecas tacitas legales, possunt & solent vti retentione rerum hypotheca ad l. vtique* 34.*ff. de damn. infect. iuncta gloss. in verb. fieri, vbi dominus rei locatae potest retinere res in domo inuectas, & illatas pro tacita hypotheca inducta, vigore conductionis, ad l. item quia* 4. *de pact. & in l. certi iuris, C. locati; & pro mercede illus non soluta; quod potest locator facere, etiam si conductor sit paratus soluere, & satisfacere; ad idem habes, l. est differētia* 9. *ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. cōtrah. obseruat. Angel. in §. item Seruiana, instit. de action. num.* 5. *Bart. in dict. l. est differentia, Faber in §. item Seruiana, instit. de action. num.* 8. *& cōmunem esse hanc sententiam retentionis tenet Mend. de pact. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 5. *&c.*

99 De esta razon, que es la genuina del caso, se percibe la que tuuieron los referidos DD. de dudar si este derecho de retencion *iure pignoris, & familiaritatis*, que le compete à la viuda pro recuperatione suæ dotis, introducido de derecho comun, vt probat *D. Reg. Vico dict. tom.* 2. *tit.* 40. *cap.* 4. *num.* 2. passa à los herederos estraños, cum priuilegia dotis ad illos non transeāt, *l.* 1. *C. de priuil. dot.* & notauimus *supr. num.* 64. pero cō el exemplo del locador, que tiene el mismo priuilegio de retencion in rebus inuectis, & illatis, ratione tacite hypothecæ, en cuyo caso todos afirman que el mismo derecho passa a su heredero, se nos haze llana la dificultad, aunque tampoco nos tocaua esta duda por estar fuera de la dicha *l.* 1. *C. de priuil. dot.* por ser la Condesa de Belchite bisnieta de la dicha D. Leonor Ferrer, *ex l. dotali* 13. §. 3. *ff. de fundo dotali*, vt cum *Gotofred.* est dictum *supr. d. n.* 64.

100 Bien que desta inteligencia resulta la mas facil de nuestro caso, en el qual por estar hypotecados, especialmente a la dicha dote el dicho Condado de Almenara, y Baronia de la Llosa, y tomada la possession de

de ellos, con clausula de *constituto, & nunc pro tunc*, y auer llegado el caso de averse radicado essa possession en Doña Leonor Ferrer, como està dicho, y es notorio; nos hallamos fuera de todo privilegio, pues no necessitamos de ninguna tacita hipoteca, quando la tenemos especial, expressa, y por consiguiente fuera de la duda, si passa a los herederos, porque entonces dexa de ser privilegio, y se constituye vn derecho Real, que proviene de otra accion Real, vt *in §. item Serviana, instit. de act. l. pignoris. ff. de pignor. l. eos, C. eodem. Negusant. de pignor. & hypoth. p. 5. memb. 1. num. 36. Ceph. cons. 397. nu. 81. lib. 3. Osasc. decis. Pedemont. 156. n. 1.*

101 Y assi se le debe conceder a la dicha Condesa el tenèo, que se pide, con la calidad de percepcion de frutos, hasta hazerse pago de toda la dote, quia actio realis sequitur rem quocumque vadat, *l. si creditor, §. fin. & ibi Bart. sub num. fin. ff. de distract. pignor. Osasc. vbi proximè, Negusant. eodem tract. de pignor. part. 2. memb. 3. num. 72.*

102 Por lo qual se dà contra qualquiera possedor, vti post *Foller. in sua pract. census, vers. Huiusmodi censualia, num. 83. Duard. de censib. part. 1. §. 3. q. 25. num. 28. Cencio de censib. p. 2. cap. 2. q. 5. art. 9. num. 3. cum multis Avendañ. de censib. Hispan. cap. 96. num. 7.* cuya materia, por ser indubitable, y por no fatigar con la prolixidad, no se insiste en fundarlo mas.

103 Solo se advierte, para que todo quede sin escrupulo, que este derecho de retencion, que se pretēde, està radicado en la actual possessiō preambula, que tuvo de dichos Estados la dicha Doña Leonor Ferrer, que es el requisito, que parece que significan los Autores de que nos hemos valido; & rectè, quia retentio est habitus, ex propria significatione vocabuli, & sic supponit actum possessionis: Con que no es dudable, que (caso negado, que a la Condesa de Belchite no le pertenez-

ca la tenuta foral, ò convencional) le pertenece, adminus, la dicha retencion, iure pignoris.

104 Sin que sea de fundamento lo que la parte del Conde ha querido dezir, que su donacion fue perfecta pro tunc, quãdo se hizo, aũque se confirio el efecto de la possession despues de la muerte del Conde Don Ioseph, y de la dicha Doña Leonor Ferrer, por la retrotraccion del derecho; y que aunque fue con essa calidad, y condicion, se purificò con la muerte de entrambos, y quedò la dicha donacion en terminos de pura, sin recurso a los herederos de la dicha Doña Leonor, para pretender en dichos Estados la retencion.

105 Porque se satisfaze, que aunque estuvieramos en terminos de tenuta foral, la qual no se dà, sino en los bienes, que possee el marido al tiempo de su muerte, quando la donacion hecha en vida, con clausula de constituto (como la nuestra) es exorbitante por el fraude con que se presume estar hecha, tiene en ella tenuta la muger, cuya limitacion es de *Cancer. dict. cap. 9. lib. 1. num. 42. cum Oliva. de action. §. fuerat, p. 1. lib. 6. in fin.*

106 Lo otro, que la dicha donacion, no solo comprehendiò la condicion de la muerte de dicha Doña Leonor, sino la de la paga cabal de dicha dote, como se comprehende de aquellas palabras puestas en la escritura de possession, dada al Conde Don Luis, ibi: *Y en particular sin perjuizio de la que ya tiene tomada la dicha señora Doña Leonor Ferrer mi muger, &c.* con que aviendo tomado la dicha Doña Leonor su possession, no solo por su vida, sino para tuicion, y seguridad de su dote, hasta estar enteramente satisfecha, como se ha dicho *supr. num. 70. y 71.* no se puede dezir que està purificada la dicha condicion, puesta en la possession de el Conde Don Luis, hasta estar pagada la dicha dote, para cuya seguridad se diò aquella possession, alias fuera la

del

del dicho Conde Don Luis, en perjuizio de la de Doña Leonor, contra la voluntad expressa del donante.

107 Lo otro, que quomodolibet, que estuviera hecha la donacion, estando los dichos Estados hipotecados antecedentemẽte a la dicha dote, sin consentimiento de Doña Leonor Ferrer, a quien se obligaron, no se le pudo perjudicar el derecho, que ya tuvo adquirido, ex tricta regula, *Ius nostrum, &c. ff. de regul. iur.* y esta accion hipotecaria es real, *vt supr. num.* 101. & sequitur fundum quocumque vadat, *l. si creditor, §. fin. vbi Bart. sub num. 1. ff. de distract. pig. Negusant. d. tractat. de pignor. part. 2. memb. 3. num. 72. Osasc. sub n. 1. & aliis plurib. Duard. de censib. part. 1. §. 3. q. 15. numer. 6.*

108 Resta aora justificar los interesses, que se pretenden de dicha dote, y como la pretension de esta parte, es en primer lugar de tenuta, y en su subsidio de teneo; es preciso diferenciar los derechos, con que en caso de pertenecerle la tenuta con facultad de hazer los frutos suyos, como se pretende, no es dudable, que ha de ser con todos los frutos, por lo menos desde el dia de la judicial interpelacion, que para no cansar con prolixidades, se cita solo la *decis. del señor Don Geronimo de Leon* 123. vbi *num.* 15. ait ibi: *Sacra nostra Regia Audientia supradictis, non obstantibus me referente declaravit deberi dictæ Hieronymæ, tenutariè fructus bonorum in fideicommisso recadentium à die petitionis tenutæ, & sic non simpliciter adiudicavit viduæ fructus à die finiti anni luctus, vt ipsa prætendebat, nec à die latæ sententiæ, vt prætendebat dicta fideicommissaria, sed à die iudicialis interpelationis*; que lo funda, y responde a los argumentos contrarios hasta el *num.* 23.

109 Sin que se pueda dar razon de diferencia, por tratarse en dicha decision de tenuta foral, y ser nuestra pretension de tenuta convencional, porque lo mis-

mo

mo obra el pacto en la tenuta convencional, que el fue ro en la foral, nam argumento de pacto ad statum, est validissimum, vt diximus *supr. num.* 53. y se añaden *Alex. cōs. 59. n. 4. lib. 4. Marian. Soc. cōs. 24. n. 24. vol. 1. Cephal. cons. 5. num. 53. lib. 1. Cardin. Mant. de tacit. & ambig. convent. tom. 2. lib. 18. tit. 6. nū. 21. Estephan. Gratian. disceptat. for. cap. 300. num. 20.* cum alijs relatis *ab Augustin. Barbos. loca commun. loco* 81. *n.* 2.

110 Pero no concediendosele a la Condesa sino solo el teneo (que no se espera) se le han de pagar jūtamente con lo capital de la dote, los interesses de ella. En quanto a las 13Ꝟ793. libr. 19. sueld. transportadas, que consisten en censos, cuyos reditos ha percibido el Conde, no es dudable en ninguna manera, que se debē dichos interesses desde el dia de la possession del Conde, nulla requisita mora, hasta el de la entrega, *text. formal. in l. curabit, Prætor, C. de action. empti, & ibi omnes DD.* y en quanto a la restante cantidad, se deben desde el dia de la mora; ora esta se entienda desde la muerte de Doña Leonor Ferrer; ora de la interpelacion judicial, porque este derecho passa a los herederos, vt tenēt expressè *Fontanel. & Ripol.* en los lugares referidos a la letra, *supr. num. 96. & 97.* que dizen, que estos interesses han de ser à razon de cinco por ciento.

111 Y la razon es, porque como si esta dote se huviera restituido, y pagado desde el dia que muriò la dicha Doña Leonor Ferrer, huviera podido emplearse en censos, que es lo mas licito, y aprobado: se deben los interesses desde entonces, ex lucro cessante; porque no se presume que avia de tener su dinero ocioso, como latamente lo funda *Anton. de Amato resolut. 49. num.* 94. vbi ita concludit: *Cum præsumptio stet pro muliere, quod vtique in censum bullarium emptionem pecuniam convertis sit, si præmanibus habuisset, ne otiosa remaneret, & consummaretur.* Haziendo peso en este punto, en

los

los lugares referidos de *Fontanela*, *y Ripol.* por ser los decisivos del caso.

112 Pero la liquidacion de estos interesses depende de la suerte principal de la dote, que desde el dia de la interpelacion, hasta la in solutum dacion, ò transportacion de las dichas 13ʉ793. libr. 19. sueld. *vt supr. num.* 21. seràn de las dichas treinta mil libras, y desde entonces, hasta la real paga de la restante cantidad, que por ser arbitrario del Consejo, y averse reservado para difinitiva la liquidacion de dicha dote, por provision de 30. de Octubre de 642. pleyto prim. fol. 238. B. se tratarà en el siguiente Articulo de dicha liquidacion, concluyendo este; con que caso negado, que à la Condesa no le pertenezca la tenuta foral, ò cõvencional, cõ restitucion de frutos à die interpelationis iudicialis, no se le puede negar el teneo de dicho Condado de Almenara, y Baronia de la Llosa, por la dicha dote, è interesses de ella, à die moræ, en la forma dicha.

ARTICVLO QVARTO.

Satisfaziendo à las dudas, que han quedado pendientes.

DVDA PRIMERA.

Si tiene obligacion la Condesa de recibir in solutum à quẽta de dicha dote los reditos de los censos dotales, que no se han podido cobrar, caidos en vida del Conde Don Ioseph, ni las 3ʉ15. libras del pagamento segundo, que intentò el Conde de Almenara.

113 Este Articulo tiene dos partes. La primera, que no està obligada la Condesa a recibir in solutum de su dote las pensiones de los censos dotales, que

cayeron en vida del Conde Don Ioseph: y aunque sobre este Articulo ay provision passada en cosa juzgada, de qua *supr. num.* 22, y por ella se declarò no estar dicha Condesa obligada a recibir in solutum dichas pensiones: pero porque la provision parece, que dexò pendiente el juizio, por ser su declaracion con aquella clausula, *pro tunc*, ha insistido el Conde en su pretension.

114 Pero no aviendo probado, que las dichas pensiones se dexaron de cobrar por mala calidad de los censos, y no por negligencia, y descuido del Conde Dō Ioseph, que es el motivo de dicha provision: ella se queda en su fuerça, y vigor, y passada en cosa juzgada.

115 A mas, que la razon de dicha provision es tan fundamental, que apenas se hallarà quien lo cōtradiga; porque los reditos, y frutos de los bienes dotales, son proprios del marido, *Fontan. de pact. nupt. clauf. 6. glos. 2. p. 2. n. 1. & 2. & ipsa clausul. 6. glos. 1. p. 3. num. 9.* y no solo los frutos de la dote, sino tambien los de la prenda dotal, *cap. salubriter, extra de usuris, Fontanel. ubi supr. claus. 5. glos. 8. part. 15. num. 1.* aunque ratcados hasta el dia de la muerte, y no mas, *l. divortio, ubi DD. ff. solut. matrim. l. fructus, l. divisio, ff. eod. Fontan. dict. claus. 6. glos. 2. part. 2. n. 40.*

116 Con que siendo bienes del marido, no se pueden llamar dotales; y assi invita muliere, no se le puedē dar in solutum, ne cogeretur unum pro alio accipere, contra *l. 2. §. mutui datio, & ibi glos. fin. ff. si cert. pet.* & iam est dictum: lo qual procede etiam in paupere, qui in specie, vel pecunia solvere nequit, iuxta dispositionem; *Authent. de fideiussor. §. quod autem, col. 11. auth. hoc nisi debitor, C. de solut. l si quis argentum 35. §. sin autem donator, C. de donat.*

117 Aunque para fundar la justicia de esta parte, basta que la contraria no aya probado, que no cobrar el Conde Don Ioseph las dichas pensiones, fue por

la

la mala calidad de los censos, como no lo ha probado, y no por descuido suyo; porque en este caso, no solo las pensiones, ò frutos corren por quenta del marido, sino que tambien lo principal de la dote, de suerte, que si por su negligencia dexara de cobrarla, estarà obligado a ella, como el que la deue no sea padre, ò donador, *l. si extraneus, ff. de iure dot.* ibi: *Si extraneus sit, qui dotem promissit, is qui defectus sit facultatibus, imputabitur marito cum eum non conuenerit, & ibi DD. Fontanel. claus. 7. gloss. 1. part. 2. a num.* 48.

118 A mas, que el hazer, ò no, los frutos suyos el marido, no le importa a la Condesa; pues si el Conde Don Ioseph no huviera hecho suyas las pensiones de los censos, no solo no pudiera con ellas hazer pago de lo principal, porque vnum pro alio solvi non potest; sino porque essas pensiones fueran tambien de la Condesa, y no le pudiera pagar con lo que ya fuera suyo.

119 Con que es llano, que los interesses, ò reditos de estas quatro mil libras, ni de qualesquier censos que dexò de cobrar el Conde D. Ioseph, no se le pueden dar insolutum de la dicha dote, quando lo principal del credito no tenia obligacion de recibirle, por auerse hecho incobrable por su negligencia.

120 La segunda parte es, que tampoco està obligada a recibir insolutum el pagamiẽto de 3ꝟ015. *lib.* compuesto de siete partidas, del qual hizimos mencion *supr. num.* 23. las quales estan conuencidas, en esta conformidad.

PRIMERA PARTIDA.

121 La primera partida del dicho pagamiento, que està *fol.* 153. es de 600. *lib.* q̃ dize ser resto de las 4ꝟ. del dicho credito, contra el Conde de Gestalgar; conuencese claramente: Lo primero, porque consta, que à

quen-

quēta de estas quatro mil libras se le hā dado ya insolutū a esta parte 3400. como se confiessa en el mismo pagamiento, y es la partida vltima de la escritura de insolutum dacion de las dichas 13793. *lib fol.* 115. *B.* Lo segundo, porque las restantes *seiscientas libras*, de que se pretende hazer el nueuo pagamiento, las cobrò el Conde don Ioseph. Y consta por dos cartas de pago autenticas otorgadas; la vna, por el dicho Conde, ante Pablo Pereda Notario, en 26. *de Iunio de* 628. de cantidad de 300. *lib.* q̄ està *à fol.* 160. *B. del execut.* y la otra otorgada por doña Leonor Ferrer, como procuradora del dicho Conde don Ioseph, ante el mismo Pereda, en 17. *de Março de* 622. de cantidad de otras 300. *lib. proces. execut. fol.* 162. con que consta claramente que las dichas 600. *lib.* las cobrò el Conde D. Ioseph.

122 Confiessalo la parte del Conde, y quiere dezir que por lo menos estas vltimas 300. *lib.* que cobrò D. Leonor, aunque con poder de su marido, se le han de cargar in solutum, porque no ha dado quenta dellas: cuya replica haze bien manifiesta la delicadeza cō que procede la parte del Cōde, pues al cabo de catorce años, que passaron desde la cobrança de estas 300. *lib.* que el año de 622. hasta que muriò el Conde don Ioseph, que fue *el año de* 636. le arguyen que no diò quēta de ellas, como si vn Marques de Navarrès, y Conde de Almenara no supiera dar a su muger para alfileres trecientas libras, ò quando no fuera para esse efecto, sino para los gastos ordinarios de la casa, huviera de auer dado tā rigurosa quenta, que huviera de tener de ellas finiquito, como si fuera vn administrador de todos los Estados. Con que no es necessario entrar en la question, de que quando cessara lo dicho, por el transcurso de tantos años, sin auerlas pedido, se presume remissiō de la deuda, *Osasc. decis.* 132. *nu.* 10. y particularmente inter cōiunctas personas, *D. Leo decis.* 74. *num.* 8. ò quando mu-

mucho, que fue vna donacion prohibida inter virum, & vxorem, se confirmò con la muerte del marido, *l. si stipulata 34. ff. de donat. inter. Fran. Molin. de rit. nupt. lib. 3. quæst. 1. n. 27.*

TERCERA PARTIDA.

123 La tercera partida, que es de 180. *lib.* de vn censo que cargò Melchor Bernabè de la Villa de Xexona, no se deue admitir en dicho pagamiento, pues consta por el memorial dado por esta parte, como lo redimiò, y cobrò el dinero el Cõde D. Ioseph, *proces. execut. fol. 90* y no auiendo probado el Conde lo contrario, y antes bien no auiendo contradicho el memorial, no se deue hazer estimacion de esta partida, por faltarle el fundamento de su intẽcion, que es la existencia de dicho censo en la herencia del Conde don Ioseph, vt probabitur en la *partida 7.*

QVARTA PARTIDA.

124 La quarta partida, que es de 700. *lib.* de vn censo, sobre la Ciudad de Segorbe, fundado por Apolonio Marquesa, que lo heredò, y traxo en dote la dicha Doña Leonor Ferrer; tampoco se deue admitir en dicho pagamiento, pues consta que por deudas del dicho Conde D. Ioseph, executò el dicho censo Fr. Francisco Perez, Religioso, y procurador del Conuento de San Agustin de la Ciudad de Valencia, è hizo oferta del dicho censo, del qual se le hizo venta al dicho Fr. Francisco Perez, con Real decreto, publicado por D. Francisco Alreus, Escreuano de mandamiento, en 27. *de Agosto de 639.* y en virtud de dicha venta se les despachò mandato, para que lo reconociessen por señor de dicho censo, cuyos autos estàn *proces. execut. à fol. 167.*

PARTIDA QVINTA.

125 La quinta partida de 150. *lib.* de vn censo reducido, segun real prematica, impuesto en fauor de D. Leonor Calatayud, por don Carlos Iuan, por instrumento que passò en 30. *de Agosto de* 1521. ante Francisco Iuan Pomar, Notario; No es admissible, porque el dicho censo lo quitò el dicho Conde D. Ioseph, del qual se haze mencion en el dicho memorial, *fol.* 90. *B. del proces. execut.* y se conuence por lo que se dirà en la *septima partida.*

PARTIDA SEXTA.

126 La sexta partida de 465. *lib.* de vn censo que Don Pedro de Roxas y Ladron vendiò a D. Iuan Lois, el qual le diò insolutum, en parte de su dote la dicha D. Leonor al Conde don Ioseph. Tampoco es admissible, porque consta que el dicho Conde don Ioseph, por auto de cargamiento de censo de la misma cãtidad, en fauor de Nicolas de Pedros, otorgado por Martin Tomàs Notario, *en 4. de Iulio de* 606. lo diò por especial obligacion: con lo qual es visto auerlo vendido, cuyo Auto està presentado en el pleyto executiuo, fol. y lo confiessa la parte del Conde en su peticion, *de* 2. *de Março de* 1641. *à fol.* 167.

127 Sin que obste lo que en ella se alega, que por la dicha obligacion, la venta que se hizo fue solo fingida; la qual no puede obrar en perjuico de tercero, particularmente siendo bienes dotales, en quienes siempre le queda prelacion a la muger: Porque se responde, que aunque esta venta en razon del contracto sea fingida, es real, y verdadera enagenacion, en cuyo caso la muger, aunque puede recuperar la misma cosa del tercero posseedor, non est coacta, sino que tiene la eleccion

con-

contra el tercero, ò contra el fideicommisso, como lo prueba *Fontanel. de pact. nupt. claus. 5. gloss. 1. part. 2. n. 16. vers.* Intellige, ibi: *Intellige si bona libera non sunt alienata, nam si sunt penes tertios possessores non compellitur mulier, ea in primis persequi, sed est in eius electione contra quæ agat, an contra ea, an contra fideicommissum, Peregrin. de fideicommiss. art. 42. num. 18. etiam quod mulier sciuerit bona sponsi, vel ascendentium, esse fideicommisso subiecta, Couarr. var. resol. lib. 3. cap. 6. nu. 16. vers. Quarto non tantum, Menoch. cons. 55. num. 35. vol. 1. Thesaur. decis. 151. n. 4. vers. Ab hac, late Intriglioł. decis. Sicil. 4. n. 22.*

PARTIDA SETIMA.

129 La septima, y vltima partida de 870. *lib.* es de vnas tierras, y huertos en la Villa de Cocentaina, que transporto en parte de pago de su dote la dicha D. Leonor Ferrer, la qual assimismo se conuence del dicho memorial, que està *process. execut. fol. 86. hasta 92.* y en su primera partida se notò, que de estos dichos bienes, solo està en ser vn pedazo de tierra oliuar; y que segun la relacion hecha por los peritos, *en 23. de Iulio de* 638. està estimado en 186. *lib.* con que esta partida junta cõ la tercera, y quinta, no son admissibles, pues le basta a la Condesa la negatiua de que no ay semejãtes bienes, para que no la puedan obligar a recibirlos insolutum de dicha dote. Porque siendo la existencia de ellos el fundamento de la intencion del Conde, deue probarla, *l. 2. & l. verius, ff. de probat. l. actor. & l. frustra, C. eod. l. fin. ff. de rei vindic. l. qui accusare, C. de edend. §. nõ solum, inst. de legat.* porque alias se diera qualidad de paga en vnos bienes, que respecto de dicha herencia; non sunt in rerum natura, contra *l. eius qui in prouincia, ff. si cert. pet. cum vulgat.* con los quales se prueba, que non entis, non sunt qualitates.

A mas

130 A mas, que pretendiendo la Condesa tenuta por dicha dote, y queriendo el Conde hazerle pagamiẽto en estos bienes libres, no es dudable que a el le compete el probar la existencia de ellos, como lo prueba el *señor Regente Viço de comun opinion, de las leyes de Cerdeña, lib. 2. tit. 30. num. 17. fol.* 163. siendo verdad que nuestro caso no està en ninguna de las excepciones, que por euitar prolixidad no se ponderan.

131 Y assi se concluye con euidencia, que del dicho pagamiento, quando mucho, solo son admissibles las 180. *lib.* que resultan de la *septima partida*, y las 50. *lib.* de la segunda, por lo menos mientras el Conde no hiziere demostracion, que las demas son existentes, y estan en ser.

DVDA SEGVNDA.

Si la Condesa ha hecho excusion en los bienes del Conde Don Ioseph, y si la deuia hazer antes de pedir la tenuta, ò teneo del Estado de Almenara, y Baronia de la Llosa.

132 Que la parte de la Condesa aya hecho excusion en los bienes del Conde Don Ioseph, consta del pleyto executiuo: pues lo primero, *en* 8. *de Octubre de* 636. Doña Leonor Pujades sacò mandamiento de execucion contra el Conde de Almenara, y contra si misma, como herederos del dicho D. Ioseph, y se volviò la Corte en blanco, *vbi supr. num.* 12.

133 Lo segundo, se diò memorial de los bienes sitios que quedaron por su fin, y muerte, con sus precios, y estimaciones, por el qual se hizo el pagamiento, ò insolutum dacion de las 13U793. *lib. vbi supr. num.* 21.

134 Lo tercero, aun de los censos redimidos, y otros

otros bienes sitios, enagenados por el dicho Conde don Ioseph, que asimismo estuvieron mencionados en dicho memorial, de los quales en cantidad 3815. *lib.* se compone el pagamiento que intentò hazer el Conde de Almenara, que es toda la duda primera.

135 Y lo quarto, se presentò el inuentario que se hizo de dicha herencia, vbi *supr. n.* 11. con que claramente consta que se ha hecho excusion, y que la excepcion es impertinente.

136 Pero a mayor abundamiento, es cierto, que ni aun esta excusion tenia obligacion de auer hecho la parte de la Condesa. Lo vno, porque estos Estados con su tenuta con faculad de hazer los frutos suyos, estuvieron especialmente hypotecados a la seguridad de esta dote, en cuyo caso no procede la excepcion de excusion, *l.* 2. *C. de hæredit. action. l.* 1. *&* 2. *C. si vnus ex plurib. §. sed neque in authen. de fideiussor. auth. hoc si debitor. C. de pignor.* y esto aunque se intentara accion personal contra el Conde, como heredero por mitad del dicho Conde Don Ioseph, junta con la hypotecaria, *Guid. Pap. decis.* 108. *& plures DD.* quos longum esset recensere cumulati *à D. D. Hieronym. de Leon decis.* 73. *a num.* 5.

137 Y aunque el Conde pretende euadirse de esta razon, por dezir que es tercero posseedor, ex doctrina *Cin. & Bald. in l. vbi adhuc, sub num.* 24. *vers. Sed statim, C. de iure dot. Negusant. de pignor. memb.* 1. *part.* 8. *num.* 23. *Ioseph. Ludouis. decis.* 45. *n.* 1.

138 Se convence por dos razones: la vna, porque el titulo de la possesion del Conde, que es en virtud de lo que se puede oponer a esta tenuta, ò teneo, *Bart. in l. fin. num.* 20. *&* 21. vbi *Zucard. num.* 586. *Decio. n.* 48. *C. de edict. Diui Adrian. toll. Menoch. de adipiscend. possess. remed.* 4. *n.* 582. es la donacion del Conde don Ioseph, pues no ha mostrado otro; y auiendo sido esta do-

nacion acceptada por el Conde, con el grauamen de esta tenuta, no puede oponer la excepcion de excusion, porque ya entonces no se puede cõsiderar tercero posseedor, nisi vti principalis obligatus, con que no puede valerse de la dicha excusiõ, *gloss. in l. decem, in vers. Excusum vbi DD. de verb. oblig. & per Bald. in l. 1. n. 16. C. de conuenien. fisci debitor. Boer. decis. 221. num. 13. Statil. Pacif. de Saluian. interdict. inspection. 2. cap. 2. num. 15.*

139 La otra razon es, que el Conde D. Ioseph obligò estos estados a esta dote con clausula *de cõstituto*, quando era señor de ellos, y estando en su possessiõ, en cuyo caso aunque el Conde sea tercero posseedor, no tiene lugar la excusion, *Bald. in l. fin. sub num. 1. & ibi Angel. C. de acquir. possess. Alexand. in l. exitus, num. 7. vbi Imol. circa med. vers. Subdit, de acquir. possess. Corne. cons. 228. sub num. 1. lib. 2. Gozadin. cons. 42. sub n. 15. & 17. Socin. Sen. cons. 82. num. 8. lib. 3. Guid. Pap. decis. 432. num. 12. Negusant. de pignor. memb. 1. part. 8. num. 17. Thesaur. decis. 215. num. 2.* quos refert *Statil. Pacif. vbi supr. num. 24.*

140 Y aunque esta parte se quiera considerar como coheredera por mitad, con el Conde D. Luis, le basta afirmar que no ay mas bienes en dicha herencia, *ex gloss. notab. in l. cum lege Falcidia, verb. Hæredis probatio, ff. de probat.* y que al que afirma que ay mas bienes, le toca el probarlo, est quoque *gloss. notab. prout dicit Bald. quam etiam sequitur Bart. in l. si constante, num. 11. ff. solut. matrim. & in l. decem, num. 3. ff. de verb. obligat. & in l. 1. §. si vsusfructus, num. 4. in fin. ff. ad leg. Falcid.* tenent plures alij relati *à Cancer. lib. 1. variar. cap. 19. num. 174. vers. Contrariam partem, in medio.*

141 Con que queda totalmente excluida la excepcion de excusion; precipuamente en terminos de

te-

tenuta, que le tocaua al sucessor del mayorazgo probar, que ay bienes libres de que hazerse pago de la dote, vt cũ *Cephal. Socin. Decio, Menoch. Crauet. Mastrill. & Cancer.* probat *D. Francisc. de Vico in ll. Sardin, tit.40.num.17.*

DVDA TERCERA.

Si deue ser preferido en dicha tenuta D. Fernando Ferrer y Prògita, por la dote de Doña Maquesa de la Cerda.

142 En el *num. 31. y 32.* se ha referido la pretensiõ de D. Fernando Ferrer, la qual supuesta, se haze euidente su exclusion. Lo primero, por los mismos instrumẽtos que presenta, pues por ellos consta, como la dicha doña Marquesa tuuo pleyto con el Conde D. Ioseph por dicha tenuta, y otras pretensiones, y sobre ello las dichas partes hizieron escritura de transaccion; por la qual la dicha doña Marquesa se apartò de todos sus derechos, y acciones, con los pactos, y condiciones puestas en dicha escritura, lo que dexò assi declarado en su vltimo testamento, presentado por el mismo D. Fernando por estas palabras, *fol. 337.B.*

143 *Iten declaro, que por quanto entre mi, y el señor D. Ioseph de Prògita, Cõde de Almenara, se siguiò, y tratò pleyto, sobre, y en razon del Condado de Almenara, y Baronia de Quarte, y Chilches, que primero pendiò en la Audiencia Real de Valencia; y despues en el Consejo Supremo de Aragon, y estando assi pendiente en el dicho Consejo, y en vltimo grado de suplicacion, por bien de paz, transaccion, y concordia, despues de auer gastado, yo la dicha Doña Marquesa, mucha suma de ducados en la defensa de dicho pleyto, hizimos, y otorgamos, entre mi, y el dicho D. Ioseph de Prògita cierta escritura de obligacion, y*

tran-

transaccion, y concierto; en la qual, entre otras cõdiciones, y capitulaciones que pusimos, y assentamos, fue vna, que yo la susodicha me obliguè à dar, y pagar al dicho señor Don Ioseph, despues de mis dias, y vida, quatro mil ducados, de once reales cada vno, &c.

144 Desuerte, que por dicha clausula testamentaria consta de la transaccion referida; y aunque esta bastaua para perjudicar à D. Fernando Ferrer, por no auer redarguido de erronea esta confession; todavia, à mayor abundamiento, por ser confession relatiua al instrumento de la transaccion, de quien recibe valor, y fuerça, *Valençuel. cons. 27. à num.* 14. se presentò la misma escritura de transaccion, que està en el pleito à fol. 366. hasta 375.

145 Y porque no quede escrupulo, en razon de dezir, que esta transaccion no recayò sobre dicha tenuta, sino solo sobre otras pretensiones que contra el dicho Don Ioseph tenia la dicha Doña Marquesa, se pone à la letra el principio de dicha escritura, ibi: *Sepan quantos, &c. que por quanto se ha tratado, y trata pleito entre mi la dicha Condesa Doña Marquesa de la Cerda, y el dicho Don Ioseph, y otros ante la Audiencia Real de Valencia, y en este Supremo Consejo de Aragon, sobre el dicho Condado de Almenara, y Baronia de la Llosa, Quarte, y Chilches, en que el dicho Don Ioseph pretendia suceder, por razon de ciertos vinculos de sus passados: Y yo la dicha Condesa Doña Marquesa, y otros consortes pretendiamos, que los dichos vinculos auian faltado, y que el dicho Condado, y Lugares eran bienes libres, asi por la dicha razon, como por daciõ in solutum que dellos le auian hecho, para pagas, y restituciones de algunas dotes: Y que asimismo, quando huuiera algun vinculo en el dicho Condado, me auian de pagar algunas mejoras en el fechas, y otros creditos; y particularmente el de tenuta, por razon de mi dote, y creix, que me fueron adjudi-*

dicados, è dada la possession de todos los dichos bienes, por razon dellos, por sentencia passada en cosa juzgada; sobre las quales pretensiones se diò sentencia por el Audiencia Real de Valencia, por votos deste Supremo Consejo de Aragon, &c,

146 Y refiriendo el tenor de la sentencia, consta, como à la dicha Doña Marquesa se le reseruò la tenuta de dichos Estados, hasta estar pagada de su dote, y creix; con que no es dudable, que la dicha transaccion recayò sobre dicha tenuta; y por consiguiente, que cessò desde entonces este derecho, no solo en ella, sino tambien en su heredero, qui tenetur adimplere factum defuncti, *l. cum à matre, C. de rei vindic. l. quæ à patre, C. de restit. mi lit. l, venditrici, C. de reb. alien. non alienand. Ioseph. Ludouis. decis. Lucens. 63. num. 13. Gomez de Leon alleg. 100. num. 5. Roland. à Vall. cons. 97. num. 43. vol. 1. Valenç. cons. 10. n. 43.*

147 A mas, que real, y verdaderamente quedò pagada la dicha dote, por los apartamientos, y renunciaciones que hizo el Conde Don Ioseph de los derechos que tenia à las Baronias de Quarte, y Chilches; como consta de dicha transaccion; en cuya virtud cobrò los frutos, y rentas dellas, como lo confiessa en su testamẽto la misma Doña Marquesa, confessandose assimismo deudora de 4ɉ. libras.

148 Y es sin duda, que en esta transaccion estuuo muy gananciosa la dicha Doña Marquesa; porque siendo assi, que no lleuò en dote mas que las 10ɉ. libras del juro, que al tiempo de su muerte estaua situado en rentas de Toledo, del qual testò, como consta, y otras 10ɉ. libras en dinero; confiessa, y declara en su testamento, que solo los pleitos que siguiò con el Conde D. Ioseph le auian costado 30ɉ. ducados: Y por la disposicion de dicho testamento se reconoce, que testò, y dispuso por su alma, y otros legados, de muchas cantidades: lo qual

no pudiera ser de los reditos del dicho juro, ni aun de toda la dote, que apenas podia rentar dos mil libras, aunque estuuiera toda junta empleada, y muy cobrable; los quales no bastauan para alimentos muy cortos de su persona, y familia; y en este caso, vt cesset præsumptio turpis quæstus, se presume, que la dicha Doña Marquesa huuo estos bienes de los de su marido, *text. in l. Quintus Mutius, ff. de donat. inter.* ibi: *Quintus Mutius ait, eum in controuersiam venit, vnde ad mulierem quid peruenerit, & verius, & honestius est, quod non demonstratur vnde habeat, existimari à viro, aut qui in potestate eius esset, & eam peruenisse, euitandi autem turpis quæstus gratia, circa vxorem hoc videtur Quintus Mutius probasse,* facit *l. etiam, C. eod.* & notatur in *cap. significauit, extra eod.*

149 Sin que sea de fundamento dezir, que Doña Marquesa tuuo vinculada esta dote, y que en perjuizio de los successores no pudo transigir della, ex traditis à *Mieres de maiorat. 4. p. q. 22. num. 1. 4. & 6.*

150 A que se responde: Lo primero, que la dicha Doña Marquesa estaua obligada à restitucion à los hijos de aquel matrimonio; pero como al tiempo de su muerte se hallò sin ellos, cessò el grauamen; y en este caso, appellatione filiorum, non veniunt nepotes, por ser en terminos de contracto, ex *l. veteribus, ff. de pact. l. quidquid adstringende, ff. de verb. oblig. Alexand. cons. 61. num. 2. vol. 1. & in cons. 182. num. 6. eodem vol. 1. Pereir. de iur. emphyt. lib. 3. cap. 14. num. 9. Bart. in l. liberorum, col. 4. vers. Quæro quid si appellatio, ff. de verb. signific. Petrus de Ancharr. in Clement. 1. de bapt. Beroi. cons. 121. n. 12. vol. 2. D. Sesse decis. 64. n. 41.*

151 Particularmente, quando de la comprehension se sigue perjuizio à alguno, como en nuestro caso, que se trataua de imponer grauamen à la dote de Doña Marquesa, en el qual nepotes non veniunt appella-

tio-

tione filiorum, *l. si ita scriptum, ff. de leg. 1. l. vnum ex familia, §. si rem tuam, ff. de leg. 2.* & ex alijs notat *Dom. Sesse d. decis. 65. n. 72.*

152 Tum etiam, en el Reyno de Valencia, que ay fuero de que se ha de estar à la letra, en cuyo caso non comprehenduntur, *Bald. in l. maximum vitium, Simon de Petris lib. 1. interpret. 1. dubit. 2. solut. 4. Alexand. cons. 198. lib. 6. & cons. 45. n. 5. in 7. Cald. vbi supr. num. 10. Menoch. cons. 215. num. 5.* & idem tenet *Fontanell. de pact. nupt.* prout apparet in indice tomi secundi, in *verb. Nepos*, sed propter malam citationem inuenire locum non potui.

153 Lo segundo, que quando se pudiera entender q̃ la dicha Doña Marquesa, respecto de los nietos, quedaua grauada à restitucion, la parte de que oy se duda, es de las 10ꝟ. libras en dinero que lleuò en dote, à cumplimiento de las 20ꝟ. y aunque sea cierto, que estas veniunt in restitutione fideicommissi, ex latè traditis à *Fusar. de substit. q. 624. num. 3.* hoc fallit, quando tempore restitutionis reperiuntur deperdita natura rei, casu, aut vi, vel essent consumpta, sine culpa grauati, *l. deducta, §. ante diem, & ibi Alex. ff. ad Trebell. DD. in Authent. contra rogatus, C. eod.* & plures relati ab ipso *Fusar. vbi supr. num. 6.* Y assi, la dicha Doña Marquesa, que justamente consumiò estas 10ꝟ. libras en sustentarse, y en los demas gastos precisos de vnos pleitos, que ellos solo le costaron treinta mil ducados, como està dicho, ya no estuuo obligada à la restitucion, ni destas 10ꝟ. libras, est habenda aliqua ratio.

154 Aunque esto no le toca al Condado de Almenara, que era satisfacion que se debia dar à si mismo D. Fernando Ferrer, que fue heredero instituido de la dicha Doña Marquesa, *Fusar. vbi supr. n. 3.*

155 Porque al Condado de Almenara, para excluir esta pretension, le basta el ser cierto, que la dicha

Doña Marquesa cobrò las dichas 10ꝟ.libras; lo qual se ha hecho manifiesto por la escritura de transaccion referida. Y por lo menos, quando se quiera dezir, que no pudo transigir la dicha Doña Marquesa sobre esta dote, por estar afecta à fideicommisso, debia probar Don Fernando, que por la dicha transaccion no percibiò Doña Marquesa lo que importaua la dicha dote; porque aliàs quedò libre el Conde D. Ioseph, que entonces posseia el dicho Estado, que solo estaua obligado à pagar la dicha dote à la dicha Doña Marquesa; y esto es llano.

156 Lo vno, porque la regla de que no se puede transigir sobre bienes de mayorazgo, se entiende, quãdo son bienes, sitios, ò raizes; pero sobre dinero, no se ha hallado Autor que tal diga; y particularmente, quãdo estas 10ꝟ. libras no estuuieron destinadas in emptionem immobilium, que es el caso en que algunos DD. referidos por *Fusar.d.q.624.num.14.* sienten, que habentur quasi res immobiles.

157 Y la razon es llana, porque estando obligada à restitucion de las dichas 10ꝟ. libras Doña Marquesa, esta obligacion non erat in specie, sed in genere, prout ex *l. incendium, C. si certum petat.* tradit *Fontanell. de pact.nupt. claus.4.gloss.18.part.1. num.193.* y assi pudo transigir sobre dichas 10ꝟ. libras, recibiendo por ellas los frutos, y rentas de las Baronias de Quarte, y Chilches, pues no està obligada à restituir la especie de las dichas 10ꝟ.libras, sino solo el genero dellas.

158 Lo otro, que lo que renunciò la dicha Doña Marquesa en la transaccion (que es en lo que se funda el Conde, como heredero de Don Fernando, para dezir, que no pudo transigir) no fue la dote, porque essa la cobrò muy mejorada en las rentas, y frutos de dichas Baronias de Quarte, y Chilches, sino solo la tenuta en dichos Estados, por las conueniencias que hallò en lo

que

que se le diò, y esta la pudo renunciar como derecho suyo personalissimo, que ni lo huvo de sus padres, ni lo tenia vinculado, *l. si quis 50. vers. Cum relega, C. de Episcop. & Cleric. l. si quis 29. vers. Cum alia sit regul. C. de pact. & latissimè Dalner. de renuntiat. cap. 6. n. 3.*

159 Lo otro, que la dicha doña Marquesa tuuo facultad de dexar dichos bienes dotales a vno, ò muchos de sus hijos, segun fuere su voluntad; de suerte que no solo pudo eligir, sino diuidir dichos bienes: Que aunque esta clausula, *vno, ò muchos*, se quiera entender vnum post alium succesiuè, solo se verifica en los mayorazgos, ò fideicommissos perpetuos, pero no en los que *vno actu restitutionis se acaban, l. vnum ex familia, §. si duo, ff. de legat. 2.* como el nuestro, y en virtud de essa facultad eligiò por su heredero, en cierta parte de su dote, que actualmente posseia, al dicho D. Fernando, con condicion, segun consta de la dicha clausula hereditaria, ibi: *Con tal condicion, y grauamen, que el dicho Don Fernando, agora, ni en ningun tiempo, ni por ninguna causa, ni razon mayor, ni menor, no aya de poner, ni ponga pleyto, ni litigio alguno a los demas bienes, ni hazienda, que dexo dispuesta, y mandada por este mi testamento, ni por otra escritura de donacion, ni en otra forma, ni manera alguna que yo aya dispuesto, ni tampoco los pueda poner, ni ponga a mis albaceas, y testamentarios, ni à alguno de ellos, porque por el mismo caso q̃ los pōga, ò intente, le deshéredo del dicho vsufructo del dicho juro, y censal, y de mis derechos, y acciones, que mediante ser tal mi heredero, quiera dezir, y competer, y le excluyo de todo ello con cinco sueldos que de mis bienes se le den, conforme à los fueros de Aragon, y Valencia; y quiero, y es mi voluntad, que en su lugar suceda en dicho vsufructo de juro, y censal D. Iuan Ferrer su hermano.*

160 De que resulta, que al mismo instante que D. Fernando aceptò la dicha herencia, quasi contrajo

con todos los interessados en dicho testamēto, obligādose a cumplir lo dispuesto por la dicha Doña Marquesa, *l. ex maleficijs*, *§. hæres*, *ff. de oblig. & action. §. hæres, instit. de obligat. ex quasi cōtract. l. apud Iulianū, §. fin. ff. quib. ex caus. in poss. eat. Curt. Iun. cons. 120. num. 7. Roland. cons. 97. num. 43. vol. 1. Solorç. de iure Indiar. tom. 2. lib. 2. Valenç. cons. 10. num. 42.* porque de otra suerte diceretur circumvenire testatoris voluntatem, contra *l. si cui, in princip. ff. de condit. & demonst. Socin. Iun. cons. 72. num. 26. vol. 3.* con que queriendo la dicha Doña Marquesa que D. Fernando, como su heredero, no pudiese contrauenir a ninguna de las cosas por ella dispuestas; siguese que no puede oy venir contra dicha transaccion.

161 Mayormente despues de treinta y cinco años que hā passado desde que se hizo declarar por heredero, que fue el *año de 612. proces. fol. 354. B.* hasta que puso esta demanda, que fue el año de 647. que quando este consentimiēto no se presumiera diuturnitate tanti temporis, se auia præscripto la accion, *for. 6. rub. de præscript.*

162 Con que de qualquier manera que se quiera considerar el derecho de don Fernando, es siempre insubsistente.

DVDA QVARTA.

Si deue la Condesa de Belchite, como acreedora de esta dote, acudir al sequestro, y passar por el ajuste, y concordia de los demas acreedores.

163 Antes de entrar en la duda deste Articulo, y tomar el punto fixo del discurso, se supone que en el abutitur vocabulo, porque propiamente no nos hallamos

mos en terminos de *Sequestro*, que es, *rei de qua controuersia est, possessionis interdictio taliter quod interim quod res apud sequestrum est, nec actor, nec reus possideat*, porque en estos terminos es prohibido, tãto de derecho ciuil, como canonico, *l. vnic. C. de prohib. sequest. cap. 2. & ibi gloss. & DD. extra de sequest. poss. & fruct.* cum laté tradit *à D. Leo. decis. 5. num. 2. lib. 1.* sino quando la persona, a qua res mobilis petitur, est suspecta, *l. si fideiussor, §. fin. ff. qui satisd. cog. for. 22. rub. de pignor. Dom. Leo. dict. decis. 5. num. 9.*

164 Y aunque latamente tomado, y para el punto, pudiera entendese por la cesion de bienes, de qua *tot. tit. ff. & C. de cession. bon.* y no se ajusta a nuestro caso ex traditis *à Felician. Solis de censib. tom. 2. lib. 2. cap. 3. num. 11.*

165 Con que quedandonos en la misma impropriedad del termino, y ajustandonos a los terminos de lo actuado, este *sequestro*, a que pretende el Conde de Almenara, que ha de acudir por el credito de la dicha dote, la Condesa de Belchite, es lo que vulgarmente llamamos concurso de acreedores, de quo laté *Salgad. de labyrinth. credit. per tot.*

166 Tambien se supone, que este concurso se diuide en quatro generos. El primero, quando los acreedores se conuocan para dar moratoria al deudor, ne intra illam molestetur, que es lo que los practicos llaman pleyto de espera. El segundo, quando executando vn acreedor al deudor comun, cæteri creditores comparent se opponentes, y entre si mismos litigan sobre la antelacion de cada vno, de quo genere *Salgad. de labyrint. cred. 1. part. cap. 4. per tot.* El tercero, quando el deudor comũ conuoca a sus acreederos, para que cada vno iuxta sui crediti prælationem, & gradus prerogatiuã, cobre de su hazienda. El quarto, quando creditores interse conueniunt ad dimitendam debitoris aliquam

partem ſuorum creditorum, vt in minus illis teneatur, & virtute remiſsionis facilior,ſibi ſit ſolutio, & quamvis non iſto ordine,lo diuide aſsi *Salgad. in dict. tract. de labyrinth.credit.cap.1.a n.3.vſque ad 6.*

167 Quo ſuppoſito, y aſſentada la pretenſion del Conde,que es dezir,que la Condeſa deue acudir al concurſo que tiene formado,y paſſar por la concordia que tiene ajuſtada con los demas acreedores, es ſin duda que eſta pretenſion comprehende los dos vltimos generos de concurſos, que ſe han propueſto;y por conſiguiente, que el Conde en eſte Articulo pide dos coſas diſtintas, y ſeparadas, y aſsi trataremos de cada vna de porſi.

Que la Condeſa no tiene obligacion de acudur al concurſo.

168 Para que conſte claramente eſta verdad,ſe buelve a ſuponer en el hecho lo que diximos, *ſupr. à num.*33.vſque *ad* 36. ſcilicet que hallandoſe el dicho Conde en los vltimos lances deſte pleyto, para darle nueuas largas, y que no llegaſſe el dia de la ſentencia, en 24.*de Enero de* 647. puſo peticion *fol.* 357. diziendo,que por ſuplicacion de 24. *de Março de* 640. auia pueſto ſus bienes,y hazienda en ſequeſtro, para que ſeñalandoſele alimentos cōpetentes; de lo reſtante fueſſen pagados ſus acreedores, como con efecto ſe hizo, citada la parte,que entonces era de la Condeſa,*y que aſsi deuia acudir à dicho ſequeſtro por razon de las dichas* 17ꝟ. *lib. mandandole que no hizieſſe mas autos en eſte pleyto de tenuta,ò teneo.*

169 Y formandoſe articulo con alegaciones de vna,y otra parte,en 1.*de Agoſto de* 654. por prouiſion que eſtà *fol.*403.ſe declarò no proceder eſta pretenſion del Conde,cuya prouiſion paſsò en autoridad de coſa juzgada: y no es dudable que tiene la miſma fuerça, que

q̃ ie si fueran tres conformes, *l. 1. & ibi DD. C. ne liceat tert. prouocar. Ioan. Ferrar in pract. Papiens. in forma execut. sentent. diffinit. in gloss. 1. col. penult. vers. Pro cuius latiori doctrina, prout Luc. Mat. de Apiscel. in tract. tutam paup. tit. 3. de cession. bon. num. 6. vers. Nisi debitor.*

170 Con q̃ parece q̃ no tiene duda, que la Cõdesa no tiene obligacion de acudir al sequestro, quia res iudicata pro veritate habetur, facit rem notoriam, & de albo, nigrum, *l. si nõ sortem, §. hæredi, ff. de condit. indeb. l. cum putarem, ff. fam. ercisc. l. ingenuum, ff. de stat. hom. l. res iudicata, ff. de reg. iur. l. 1. C. quand. prouocar. non est necess. Mascard. de probat. concl. 1296. à nu. 14. cum seq. Surd. decis. 170. num. 15. & decis. 289. num. 1. & cons. 91. num. 2.*

171 Ni à esta cosa juzgada se opone la dependencia de este Articulo por prouision de 24. *de Março de 657.* por la qual se reseruò para difinitiua.

172 Porque se responde suponiendo, que desde la referida prouision de 1. *de Agosto de 654.* hasta que el Conde moviò este Articulo, que oy esta pendiente, passaron dos años y medio, pues fue por peticion de 10. *de Febrero de 657.* que està *à fol. 435.* cõ q̃ no pudo innouar, passado el termino, en lo que ya estaua vna vez determinado, quia sententia imponit finem litibus, *l. 2. §. fin. C. de veter. iur. enuclean. l. terminato, C. de fructib. & litium expens. Valenç. cons. 40. num. 51.*

173 Pero mirada la peticion del Conde, lo que se reservo para difinitiua en este Articulo, no fue la duda de si la Condesa de Belchite auia de acudir al concurso, que esso aunque se enunciò en dicha peticion, fue como antecedente de lo que nueuamente se instaua (que era, q̃ la Condesa, devia passar por la cõcordia de los demas acreedores; y es la segunda parte de este Articulo) pero no por via de pretender bolverlo a juizio, pues ya

sobre ello auia cosa juzgada, y particularmente siendo cosas tan distintas, y separadas, el concurso, y la concordia, como se ha supuesto; con que no es dudable que en esta parte le obsta al Conde cosa juzgada.

174 Y fue tan justificada la dicha prouision, que aunque no le obstara al Conde cosa juzgada, deuia declararse no tener obligacion la Condesa de acudir à dicho concurso.

175 Lo primero, porque procediendo, como se ha probado, que procede, la tenuta conuencional en dichos Estados, no pudo el Conde ponerlos en sequestro, pues no eran suyos, de tal suerte que hasta estar pagada la dicha dote, aunque los posseyera, fue con mala fee, y se deue condenar a la restitucion de todos los frutos, ex latè traditis *à D. Leo. decis*. 123. *& diximus supra num*. 109.

176 Lo segundo, que quando nos hallaramos en terminos de teneo, que es lo mas que puede pretender el Conde; es principio llano, que no puede obligar a la Condesa a que acuda al concurso que tiene formado de sus acreedores: porque la Condesa no lo es suyo sino del Conde D. Ioseph, con cuya carga vienen ya los Estados, de tal suerte, que en los bienes de D. Ioseph, aunque el credito no fuera priuilegiado, sino sola vna deuda personal, posterior à todos los acreedores del Conde Don Luis, no deuia concurrir con ellos; vt cum multis tenet *Salgad. in labyrinth. credit. part*. 1. *cap*. 9. *num*. 4. ibi: *Certi namque iuris est, hæredis creditores, non concurrere cum creditoribus defuncti ad bona hæreditaria; quia isti quantumuis posteriores sint, & Chirographarij simpliciter, semper ad bona defuncti præferuntur, quibuslibet creditoribus hæredis, etiam tempore anterioribus, hypothecarijs, & priuilegiatis, id est, illi, qui antea habebant hæredem obligatum, eiusque bona præsentia, atque futura hypotheca subiecta, & antea quã cre-*

creditores defuncti, ipsum defunctũ, & bona eius obligassent, probant Salicet in l. 1. sub num. 2. vers. Alias si bona, ff. de bon. author. iud. possident. Tiber. Decian. cons. 11. n. 193. & 198. Petrus Surd. tot. decis. 310. Franch. decis. 364. num. 57. Statil. Pacif. de Saluian. interdict. inspect. 3. cap. 2. num. 528. & sequent. Fontanel. de pact. nupt. tom. 2. claus. 6. gloss. 2. part. 8. num. 48. 49. & 68. Thesaur. quæst. for. lib. 3. quæst. 55. num. 3. y prosigue fundandolo en el *num. 6.*

177 Y es en proprios terminos de donatario el lugar de *Fontanel. de pact. nupt. lib. 1. claus. 4. gloss. 9. p. 2. num. 51.* ibi: *Quod facta diuisione inter istos donatarios, & alios quoscũque cohæredes, si adsint creditores hæreditatis contracti à defuncti, ante quam ad condonatarios, vel cohæredes illa perueniret, siue anteriores, siue posteriores, siue hypothecarij, siue etiã chirographarij, & sint alij, qui sint creditores vnius; ex dictis condonatarijs, vel cohæredibus, semper in bonis hæreditatis, vel donatis præferuntur creditores hæreditatis, ex text. expres. in l. 1. §. sciẽdum, ff. de separat. & gloss. 2. in l. eos, circa fin. C. qui pot. in pign. hab. vbi dicitur, quod quamuis creditor hypothecarius præferatur ei, qui habet solam personalem, tamẽ fallit in eo qui contraxit cum defuncto, quia in re hæreditaria præfertur habenti hypothecam; pulchre sunt ad propositũ decisiones Borgn. Caual. 28. num. 40. & 41. p. 3. & Surd. 310. per tot. vbi sic decisum tradit in Senat. Mantua.* à quien sigue el mismo *Salgad. dict. cap. 9. n. 8.*

178 Lo tercero, porque el Conde D. Ioseph antes de donar estos Estados al Conde Don Luis, los auiá obligado à la seguridad de dicha dote, con clausula *de constituto*; tan violenta, que passa luego la possession, *l. interdum, in princip. & l. quod in eo, ff. de acquir. poss.* por lo qual *Surd. cons. 191.* dudò, si auiendo clausula de constituto, podia tener lugar el Saluiano: y en el *num. 11.* concluye, que no, porque como el Saluiano es remedio

dio adipiscendę possessionis, § *interdum, instit. de interdict.* nõ datur ei, qui semel illam est adeptus. *Salicet. in l. 1. q. 6. C. de Saluian. Beccio cons. 89. nu. 15. Gratian. discept. for. cap. 38. n. 10.*

179 Con que por la dicha donacion (aun que no huviera sido con esta calidad, como fue) no pudo perjudicar el derecho iam quæsito, que tenia la Condesa Doña Leonor Ferrer, y en ella, como su heredera fideicommissaria, la Condesa de Belchite, como con muchos textos, y autores lo prueba *Salgad. labyrint. credit. dict. p. 1. cap. 10. num. 43.* ibi: *Quia cum in hoc iudicio tractetur de prælatione inter creditores, debitor, siue cedendo, siue hypothecando, siuè vendendo, aut in solutum creditori dando, aut aliter tradendo, & alienando, priorum iuri quæsito, nihil detrahere potest, sed semper eorum ius intactum, & illæsum manet ad eadem bona, & iura alienata, contra quoslibet persequendo, l. debitorem, &c.*

180 Y aunque se pudiera discurrir mas latamente, se omite, por euitar prolixidad, y porque basta lo dicho en confirmacion de la dicha prouision de 1. *de Agosto de* 654. que la hizo mas justificada la practica de aquella Real Audiencia, como se alegò, expressando el sequestro de la Baronia de Ayoder, en el qual se declarò, que doña Beatriz Muñoz y Artes, por el credito dotal de Doña Margarita Valterra su madre, no tenia obligacion de acudir a dicho sequestro.

Que la Condesa de Belchite no tiene obligacion de passar por la concordia de los demas acreedores.

181 Esta duda queda satisfecha con las mismas razones que la antecedente; porque siendo cierto, que la Condesa no tiene obligaciõ de acudir al concurso, que ha formado el Conde D. Luis, por no ser acreedora suya, sino solo del Conde don Ioseph, y que litiga con el,

es

es como mero tenedor de los dichos Estados, lo serà tambien el que no tiene obligacion de passar por su concordia, como no comprehendida entre los acreedores del Conde, quia varietas rerum, aut personarum diuersa iuris ministeria operatur, prout post *Tiraquell. in præfat. l. si denique, num.* 167. *Osasc. decis.* 91. *num.* 2. *Tiber. Decian. cons.* 19. *libr.* 3. *Surd. decis.* 177. *n.* 10.

182 Y quando fuera acreedora de este Conde, siẽdolo priuilegiada, tampoco tenia obligacion de passar por la concordia de la mayor parte, porque perteneciẽdole à la Condesa la tenuta, ò teneo en dichos Estados, como està fundado, no es dudable que dicha concordia contiene manifiesta iniquidad, respecto de la Condesa, en cuyo caso no està obligada la menor a passar por la remission que haze la mayor parte de los acreedores, *Bartol. in l. fin. in vlt. col. ff. de appell. recip. Alexand. in l. suum hæredem,* §. *hodie, num.* 10. *ff. de pact.* relati *à Luc. de Apiscel. in tract. tutam. pau. tit.* 3. *de remiss. debitor. n.* 9 *in fin.*

183 Tum, porque siendo la Condesa acreedora priuilegiada, no solo por bisnieta de Doña Leonor Ferrer, en quien passaron todos los priuilegios de la dote, *l. dotale* 13. §. 3. *ff. de fundo dotal.* & ex ibi notat *à Gotof.* concordando hunc textum cum *l.* 1. *C. de priuileg. dot.* & dix. supr. *num.* 64. & 100. sino tambien por el derecho de retencion de bienes, iure pignoris, & hypothecæ, que passa à qualquiera sucessor, vt tenent omnes Doctores relati supr. *à num.* 94. es sin duda que no està obligada a passar por la concordia de los demas acreedores, no hallandose en ella, quando pudo, adhuc præsente, reclamàr contra dicha concordia, por el agrauio que se le hazia, *text. in l. si præcedente* 58. §. *Lucius Titius, ff. mandat.* donde auiendo propuesto el caso en el

vers. Respondi, dize ibi: *Si præsens apud prætorem ipse quoque consensisset pactus, videtur iuxta ex causa; eaque exceptio, & fideiussori danda esset, & mandatori; sed cum proponas eum affuisse iniquũ est auferri ei electionem, sicut pignus, aut priuilegium, qui potuit præsens idipsum proclamare, nec desiderare decretum prætoris.* Y la *Gloss.* lo notò in *verb. Priuilegium,* ibi: *Priuilegiato ergo non nocet aliorum consensus in remittendo.*

184 Tum, porque en este caso esta remission se presume dolosa, pues siendo preciso que la Condesa, como acreedora priuilegiada a los dichos Estados, aya de cobrar primero, que los demas acreedores del Conde, anticipan el plazo, quanto a la Condesa se le desquente en la remission, y assi, eius conuentio tanquam suspecta, no deuiera perjudicarle a la Condesa, ex tradit. *à Luc. Math. de Apisc. dict. tit. 3. de remiss. debitor. nu.* 11. ibi: *Quod iniquum videtur, cum non tendat ad communem vtilitatem, sed tantum in damnum priuilegiati, videntur paciscentes esse suspecti, &c.*

185 Sin que a lo dicho obste la *l. rescriptum, ff. de pactis,* en la qual el acreedor priuilegiado, etiam abiente, està obligado a passar por el concierto de los demas, contraria a la dicha *l. si præcedente, §. Lutius Titius,* ff. *mandat.* porque la dicha *l. rescriptum* habla de los acreedores personales, que aunque priuilegiados, siempre les es conueniencia qualquiera concierto, *vt habeant quẽ conueniant,* vt notat *Bart. hic, num.* 4. *& Bald. & Alexand. num.* 1.

186 Con que de ninguna manera que se considere està obligada la Condesa de Belchite à acudir al concurso, ò sequestro, ni a passar por la concordia de los demas acreedores.

DV-

DVDA VLTIMA.

De la liquidaçion de lo que se deue de las 30ʉ. libras.

187 Para eternizar este pleyto el Conde, en 4. *de Setiembre de 642.* por peticion, que està à *fol.* 233. *B.* pidiò que se mandasse hazer ajuste, y liquidacion de lo que realmente se deuia de dicha dote, y que entretanto no se hiziessen Autos, cuya pretension se repeliò por prouision de 30. de Octubre del mismo año, por tocar esta liquidacion al Consejo en difinitiua, segun los instrumentos deducidos.

188 Con que las partes no tienen que alegar en este Articulo mas de lo que està dicho; aunque parece que auiendo el Conde esforçado que la Condesa acudiera al concurso por las 17ʉ. libras, expressandolo assi en su peticion referida, consintiò la dicha cantidad en lo que no fuerre error de quenta: y la razon es clara, porque como este juizio de concurso de acreedores es en substancia lo mismo que el de cession de bienes, para que valga, es menester que el deudor reconozca la deuda; ò sea condenado en ella, *l. pen. ff. de cession. bon.* ibi: *Qui cedit bonis, antequam debitum agnoscat condemnetur, vel in ius confiteatur, audiri non debet.* Desuerte, que para perjudicarse el cedente, obra lo mismo la confession extrajudicial, que la sentencia; y si como notò *Gotof. in dict. l. verb. Antequam*, no se puede hazer cession de bienes; sin que primero conste liquidamente la deuda con la confession del Conde de las dichas 17ʉ. libras para efecto del dicho sequestro, parece que esta bastantemente liquidado lo que se està deuiendo de la dicha dote.

189 Y assi parece, que por la dicha cantidad, ò

la

la que el Consejo regulare, se le deue mandar dar a la Condesa de Belchite la tenuta conuencional, condenando al Conde en los frutos, y rentas percibidas, desde el dia de la demanda, ò en su subsidio, tenèo de los dichos Estados, iure pignoris, vel hypothecæ, hasta estar pagada de toda la dicha dote, y sus interesses. Salva,&c.

Lic. D. Ioseph Felix de Amada.